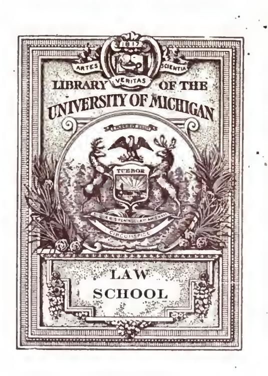








ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
LAW
SCHOOL



Jahrbücher

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den Mitgliedern

des

Oberlandesgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs zu Stuttgart

und des

Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer.

Sechszehnter Band.

Tübingen.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.
1904.

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

Inhaltsübersicht des sechzehnten Bandes.

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

Seite

Seite

B. in Straffachen.

II. Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

Seite

III. Abhandlungen.

IV. Literarische Anzeigen.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

1.

Zur Auslegung des § 119 Abs. 2 B.G.B.

Der auf Erfüllung des Kaufs einer Wirtschaft belangte Beklagte hat gegen die Klage u. a. eingewendet, er habe sich bei Abschluß des Kaufs über wesentliche Eigenschaften der Wirtschaft in einem Irrtum befunden, der ihn zur Anfechtung des Kaufs berechtige. Das Nähere ergeben die einschlägigen

Gründe

des Berufungsurteils:

Anlangend die Anfechtung wegen Irrtums, so ist zwar der Auffassung des Beklagten beizutreten, daß die von ihm am 25. Februar 1901 gegenüber der Klägerin abgegebene Erklärung, er halte die Verträge nicht, er sei von der Klägerin belogen und betrogen worden, er mache den Kauf rückgängig, beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen auch als wirksame Anfechtung wegen Irrtums zu betrachten wäre, obgleich der Beklagte zweifellos als Grund der Anfechtung nur den angeblich von der Klägerin bezw. ihrem Ehemann verübten Betrug bezeichnen wollte und bezeichnet hat. Denn nach der Fassung des § 143 Abs. 1 B.G.B., wonach die Anfechtung

durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner erfolgt, ist die Angabe des Grundes der Anfechtung überhaupt nicht erforderlich, sondern genügt jede Erklärung, durch welche dem Gegner unzweideutig zu erkennen gegeben wird, daß man das betreffende Geschäft nicht gelten lassen wolle[1]). Daraus folgt aber, daß die Angabe eines bestimmten Grundes, wenn hierin nicht etwa ein Verzicht auf die Geltendmachung anderer Anfechtungsgründe gelegen ist, wofür im vorliegenden Falle keine Anhaltspunkte gegeben sind, die Motivierung aus einem andern rechtlichen Gesichtspunkte nicht ausschließt. Es wäre jedoch vorliegend ein Irrtum, der den Voraussetzungen des hier allein in Betracht kommenden § 119 Abs. 2 B.G.B. entspräche, und hienach ein den Beklagten zur Anfechtung berechtigender Irrtum nicht gegeben. Zwar sind in dem Bierumsatz auf einer Wirtschaft, in dem Mietserträgnis eines Hauses und in einer einem solchen zustehenden Dienstbarkeit unbedenklich Eigenschaften des betreffenden Grundstücks zu erblicken. Allein diese Eigenschaften können im gegenwärtigen Falle nicht als verkehrswesentlich erachtet werden. Wesentlich i. S. des § 119 Abs. 2 B.G.B. sind nur solche Eigenschaften, welche nach der Verkehrsanschauung für das konkrete Rechtsgeschäft das Wesen der Sache oder der Person bestimmen[2]). Daß hienach eine Zugangsgerechtigkeit zur Hinterseite eines Hauses, das, wie das klägerische, bereits einen ordnungsmäßigen Eingang auf seiner an der Straße gelegenen Vorderseite hat, eine verkehrswesentliche Eigenschaft nicht ist, bedarf keiner Ausführung. Anlangend den Bierverbrauch, so ist es verkehrswesentlich, daß überhaupt auf einem als Bierwirtschaft zum Verkauf oder Tausch ausgebotenen Anwesen ein Bierverbrauch stattfindet,

1) Vgl. Crome, System des b. Recht Bd. 1 S. 349; Planck, Kom. z. B.G.B. § 121 Anm. 2; Rehbein, Kom. z. B.G.B. Bd. 1 S. 199.

2) Vgl. Cosack, B. R. Bd. 1 § 64 Z. II. 2, b; Dernburg, B. R. Bd. 1 § 145 Z. I. 2; Endemann, Einführung 2c. Bd. 1 § 72 Z. III. 2, Eck Vorträge 2c. 1. Aufl. S. 45; Crome, a. a. O. S. 423.

wie es auch ferner verkehrswesentlich ist, daß ein Haus, das in der Absicht oder mit in der Absicht gekauft wird, die Räume desselben ganz oder teilweise zu vermieten, ganz oder zum Teil vermietet werden kann. Dagegen ist der Umfang des Bierverbrauchs und die Höhe des Mietertrags keine Wesenseigenschaft des Hauses[1]).

Vorliegend wird aber gerade ein derartiger Irrtum behauptet.

Daß endlich der Rabatt, den der Bierlieferant seinem Abnehmer für dessen Person gewährt, überhaupt keine Eigenschaft des letzterem gehörigen Wirtschaftsanwesens ist, versteht sich von selbst.

Demnach war die Anfechtungserklärung vom 25. Februar 1901 unwirksam, soweit sie auf Irrtum gestützt wird.

Urteil des II. Civilsenats vom 12. Februar 1903 i. S. Stumpp gegen Gönnewein.

2.

Nichtigkeit eines Abkommens, wodurch sich bei einem außergerichtlichen Arrangement ein Gläubiger von dem Bürgen, der sich für die Akkordsdividende verbürgt hat, einen Sondervorteil ausbedingt [2]).

M. Sch. hat mit seinen Gläubigern ein außergerichtliches Abkommen getroffen, wodurch sie ihm gegen Bezahlung eines Teils ihrer Forderungen den Rest nachließen. Kläger, einer der Gläubiger, hat sich für seinen Beitritt zu dem Abkommen vom Beklagten, der für Zahlung der Akkorddividende Bürge war, ohne Wissen der andern Gläubiger 500 M. versprechen lassen. Seine Klage auf Bezahlung dieser 500 M. ist vom Berufungsgericht abgewiesen worden.

Gründe:

Zwar können die für den Zwangsvergleich im Konkurs geltenden Grundsätze auf Privatvereinbarungen, die außer-

1) Vgl. Cosack, a. a. O.; Lenel in Jhering's Jahrb. Bd. 44 S. 19; Mugdan, Rechtspr. Bd. 3. S. 39/40. Bd. 4 S. 9 ff.

2) Vgl. Rspr. d. O.L.G. Bd. 8 Nr. 4 b.

halb eines Konkurses zur Abwendung des Konkurses von dem Schuldner oder dritten einerseits und den Gläubigern andererseits abgeschlossen werden, keine Anwendung finden; vielmehr gelten für die Anfechtung solcher Abkommen lediglich die allgemeinen Grundsätze über die Verträge und kommt es deshalb nur darauf an, ob nach allgemeinen Grundsätzen im konkreten Fall ein Anfechtungsgrund gegeben ist. Dies trifft aber im gegenwärtigen Fall zu, indem nach den vorliegenden besonderen Umständen das Abkommen, aus welchem das der Klage zu Grunde liegende Schuldversprechen hervorgegangen ist, und damit das Schuldversprechen selbst als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig ist.

Der Verstoß gegen die guten Sitten ergibt sich aus dem ganzen Zweck des Abkommens, der dahin ging, unter Täuschung der übrigen Gläubiger oder ihres gemeinschaftlichen Vertreters zu ihrem Nachteil oder wenigstens mit Gefährdung ihrer Interessen dem Kläger einen Sondervorteil zu verschaffen. In dem Vergleichsvorschlag, betreffend das Schuldenwesen des M. S. ist ausdrücklich ausgesprochen, daß die Erreichung von Sondervorteilen für einzelne Gläubiger gänzlich ausgeschlossen sei. Unverständlich ist, wenn der Kläger bestreitet, daß diese Bedingung Inhalt des Nachlaßvergleichs geworden sei. Bisher ist nie bestritten worden, daß der Vergleich auf Grund des Vorschlags vom 11. Januar 1901 zu stande gekommen ist; dies erhellt auch aus dem vom Kläger selbst vorgelegten Schreiben. Unerheblich ist die Behauptung des Klägers, daß er als letzter seine Zustimmung zu dem Vergleichsvorschlag erklärt habe. Denn das Zustandekommen war bedingt durch die Zustimmung aller Gläubiger und es begründet keinen Unterschied, ob die andern Gläubiger selbst oder der sie vertretende Gläubigerausschuß oder dessen Sachwalter Rechtsanwalt M. durch die Verschweigung des geheimen Abkommens getäuscht worden ist. Der Beklagte, von dem sich der Kläger den Sondervorteil gewähren ließ, war nicht ein unbeteiligter Dritter, sondern er hat, wie dem Kläger aus dem Zirkular bekannt

war, als Selbstschuldnerbürge die Haftung für die Zahlung der Akkorddividende übernommen. Seine Inanspruchnahme aus dem Sonderabkommen berührte die Interessen der andern Gläubiger in zweifacher Hinsicht, einmal in der Richtung, daß eine Ausschöpfung des Bürgen die Verwirklichung ihrer Ansprüche gegen denselben beeinträchtigen mußte oder gefährdete, und sodann auch in der Hinsicht, daß der Beklagte als Intercedent für seinen Vater, den Schuldner M. S., im Zahlungsfalle gegen diesen den Regreß hatte, was sodann den Vermögensstand des Schuldners selbst und damit die Realisierbarkeit der Gläubigeransprüche gegen diesen nachteilig beeinflußte. Die Behauptung des Klägers, daß er die Bürgschaft des Beklagten wegen Mittellosigkeit desselben als eine leere Form angesehen habe, widerlegt sich durch den Umstand, daß Kläger sich damals von dem Beklagten das Sonderversprechen geben ließ und hievon seinen Beitritt zu dem Vergleich abhängig machte. Daß der Beklagte ausschließlich in seinem Interesse, nämlich wie Kläger behauptet, um seine Stellung in dem väterlichen Geschäft zu erhalten, intercediert habe, ist eine bloße Unterstellung des Klägers; zunächst ist er für seinen Vater eingetreten, und für seine Regreßansprüche war es unerheblich, ob er zugleich auch sein eigenes Interesse im Auge hatte.

Die teilweise Gemeinschaft der wirtschaftlichen Interessen des Schuldners M. S. und seines Sohnes, des Beklagten, und dessen Beteiligung an dem Arrangement als Bürge und Selbstschuldner ergab ganz von selbst, daß das Verbot der Gewährung von Sondervorteilen sich auch auf solche seitens des Beklagten erstreckte; daß der Kläger sich dessen vollkommen bewußt war, ist ohne weiteres aus der Art, wie er das Abkommen getroffen hat, und aus seiner Kenntnis der Verhältnisse zu folgern.

Urteil des II. Civilsenats vom 2. März 1903 i. S. Schuler g. Gutmann.

3.

Klagrecht eines Mitglieds eines nicht rechtsfähigen Versicherungsvereins auf Bezahlung von Mitgliederbeiträgen oder Erstattung einer mit Unrecht empfangenen Entschädigung?

In Malmsheim bestand seit 1892 ein Viehversicherungsverein, der mit dem Schluß des Jahres 1899 erloschen und in einer im Anfang des Jahres 1900 stattgehabten Versammlung neu begründet worden ist. Als Mitglied dieses Vereins hat Kl. gegen den Bekl. Klage erhoben mit dem Antrag festzustellen, daß der Bekl. als Mitglied des Vereins die in den Jahren 1901—3 fällig werdenden Mitgliederbeiträge zu bezahlen und eine angeblich mit Unrecht erhaltene Entschädigung zurückzuerstatten habe. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen.

Aus den

Gründen:

Daß bei einem derartigen, im Gegensatz zur reinen Gesellschaft stehenden Verein im gemeinen Recht, da er mit aktiver und passiver Parteifähigkeit ausgestattet war, zur Geltendmachung eines Anspruchs auf Rückerstattung zuviel bezahlter Entschädigungsgelder — und auch zur Beitreibung der Mitgliederbeiträge — nicht das einzelne Mitglied als solches, sondern nur der Verein selbst (juristisch richtig: die Gesamtheit der Mitglieder), und, wenn die Geschäftsführung bestimmten Mitgliedern übertragen ist, diese (namens des Vereins) legitimiert waren, ist unbedenklich anzunehmen. Eine Befugnis des einzelnen Mitglieds als solchen, derartige, den Vereinszwecken dienenden Ansprüche von sich aus geltend zu machen, würde sich — wie auch der Unterrichter annimmt — mit der Anerkennung der aktiven Parteifähigkeit des Vereins nicht vertragen[1]).

Es darf hienach als feststehend angesehen werden, daß, wenn während des Bestehens des Vereins vor dem 1. Ja-

1) Vgl. auch Ehrenberg, Versicherungsrecht S. 104—105.

nuar 1900 Ansprüche der vorliegenden Art in Frage gekommen wären, diese von den mit der Geschäftsführung betrauten Mitgliedern des Vereins oder, sofern solche nicht bestellt waren, auf Grund des Beschlusses der Generalversammlung des Vereins von einer von dieser zu beauftragenden Person für den Verein einzuklagen gewesen wären, und daß derartige Ansprüche, wenn sie von einem einzelnen Mitglied als solchem erhoben worden wären, wegen mangelnder Aktivlegitimation hätten abgewiesen werden müssen.

Unter der Herrschaft des am 1. Januar 1900 in Kraft getretenen neuen Rechts ist die Rechtslage allerdings eine etwas andere geworden, wobei folgendes zu erwägen ist.

Wenn zunächst der Art. 75 des E.G. z. B.G.B. bestimmt, daß die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Versicherungsrecht angehören, unberührt bleiben, soweit nicht in dem B.G.B. besondere Bestimmungen getroffen worden sind, so könnte man geneigt sein, daraus zu folgern, es habe an der aktiven Parteifähigkeit der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit und an der Unzulässigkeit der Geltendmachung von Ansprüchen der vorliegenden Art seitens des einzelnen Mitglieds als solchen wie sie nach dem oben Bemerkten im gemeinen Recht bestand, durch das Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nichts geändert werden sollen. Diese Folgerung, welche den in einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Kiel[1]) eingenommenen Standpunkte entsprechen würde, wäre indessen nicht zutreffend. Denn die Norm des gemeinen Rechts, wonach Vereine ohne Korporationsrecht den erwähnten modifizierten Grundsätzen gegenüber der eigentlichen Gesellschaft unterlagen, bezog sich nicht speziell auf Versicherungsvereine, sondern auf die Vereine ohne Korporationsrecht überhaupt, sie gehört daher nicht dem Versicherungsrecht an und wird somit durch Art. 75 des E.G. z. B.G.B. nicht betroffen. Hieraus folgt, daß es nicht richtig wäre, auf den im Januar 1900 neu begründeten Malmsheimer Versicherungsverein in der hier fraglichen Rich-

1) Rechtsprechung der Oberlandesgerichte rc. Bd. 4 S. 200.

tung das frühere gemeine Recht anzuwenden und aus diesem Grunde die Aktivlegitimation des Klägers zu verneinen[1]). Vielmehr findet auf diesen Verein das Recht des B.G.B. Anwendung.

Das B.G.B. bestimmt nun in § 54, daß auf nicht rechtsfähige Vereine die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung finden, und der § 705 B.G.B., der die grundlegende Bestimmung über die Gesellschaft enthält, sagt: „durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten". Hieraus kann aber die Aktivlegitimation des einzelnen Gesellschafters weder bezüglich der Einforderung der Mitgliederbeiträge, noch auch — und noch weniger — bezüglich eines auf ungerechtfertigte Bereicherung sich stützenden, unzweifelhaft eine Angelegenheit des Vereins als solchen und einen Gegenstand der Geschäftsführung für den Verein bildenden Anspruchs auf Rückerstattung zuviel bezahlter Entschädigungsgelder abgeleitet werden. Zumal bei einem aus einer großen Anzahl von — dem Wechsel unterworfenen — Mitgliedern bestehenden Verein muß es im Zweifel sicherlich als die Willensmeinung der Beteiligten angesehen werden, daß die Geltendmachung eines Anspruchs der genannten Art nicht jedem einzelnen Vereinsmitglied als solchem, sondern nur den mit der Geschäftsführung für den Verein betrauten Mitgliedern oder — sofern ein Bedürfnis zur Bestellung besonderer Geschäftsführer sich noch nicht ergeben hat — eben der Gesamtheit der Mitglieder (durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten) zusteht: vgl. auch § 709 B.G.B.

Dabei mag noch auf folgendes hingewiesen werden. Wie oben ausgeführt, mußte unter der Herrschaft des gemeinen Rechts, da einem Verein der vorliegenden Art die aktive Persönlichkeit zugebilligt wurde, die Geltendmachung eines Anspruchs der in Frage stehenden Art seitens eines

1) Vgl. auch Seufferts Archiv Bd. 56 No. 162.

einzelnen Mitglieds als solchen als ausgeschlossen betrachtet werden. Auf der anderen Seite verleiht das neue Gesetz über die privaten Versicherungsnehmungen vom 12. Mai 1901 (R.G.Bl. S. 139) den unter seiner Herrschaft entstehenden (vgl. auch § 103 des Gesetzes) Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit die Rechtsfähigkeit (§ 15), so daß bei einem nach diesem neuen Recht zu beurteilenden Verein von der Geltendmachung eines Anspruchs der vorliegenden Art durch ein einzelnes Mitglied nicht die Rede sein kann. Wollte man nun annehmen, daß bei solchen Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit, welche zwar nach dem Inkrafttreten des B.G.B. aber vor dem Inkrafttreten des genannten Versicherungsgesetzes entstanden oder erneuert worden sind, im Hinblick auf die Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaft die Geltendmachung derartiger Ansprüche dem einzelnen Mitglied als solchem zustehe, so würde sich hiedurch für jene Zwischenzeit eine wohl nicht befriedigende und kaum in der Absicht des Gesetzgebers gelegene Abweichung von dem vorherigen und nachherigen Rechtszustand ergeben.

Aus vorstehendem und daraus, daß nach dem nunmehrigen § 50 Abs. 2 der C.P.O. einem Verein der in Frage stehenden Art zwar die passive, nicht aber die aktive Parteifähigkeit zukommt[1]), ergibt sich, daß der streitige Anspruch im vorliegenden Fall nur von der Gesamtheit der Vereinsmitglieder erhoben werden könnte und daß der Kläger mit dem Anspruch wegen mangelnder Aktivlegitimation abzuweisen ist.

Urteil des I. Civilsenats vom 27. Februar 1903 i. S. Witschelen g. Zipperlen.

4.

Zu § 535 BGB. (Recht des Mieters, vom Vermieter die Zustimmung zur Anbringung einer Fernsprechstelle in den Mieträumen zu verlangen.

Die Klin. hat vom Bekl. in Stuttgart einen Laden mit

---

1) Vgl. auch Gaupp-Stein, C.P.O. 4. Aufl. § 50. IV, b.

Nebenräumen gemietet, mit der Klage hat sie von ihm verlangt 1) die Zustimmung zur Anbringung einer Fernsprechnebenstelle in den Mieträumen, näher die Verwandlung der schon bestehenden Fernsprechhauptstelle in eine Fernsprechnebenstelle, 2) die von der Telegraphenverwaltung geforderte, aus dem in der Anmerkung[1]) abgedruckten Formular sich ergebende Zustimmungserklärung. Der Klage wurde entsprochen.

Gründe:

Nach § 535 B.G.B. hat der Vermieter dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren. Der nähere Inhalt des dem Mieter zustehenden Gebrauchsrechtes bestimmt sich nach den konkreten Verhältnissen des einzelnen Falles, so wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Hienach muß der Vermieter die Anbringung einer Fernsprecheinrichtung in den Mieträumen dulden, wenn sie nach der konkreten Sachlage als dringendes Bedürfnis des Gebrauchs der Mieträume zu erachten ist, und andererseits die Herstellung (auf Kosten des Mieters) dem Vermieter weder irgend welchen Schaden noch eine nennenswerte Belästigung verursacht. Treffen diese Voraussetzungen zu, so der muß Vermieter nicht bloß die Anbringung innerhalb der dem ausschließlichen Gebrauch des Mieters dienenden Räume selbst dulden, sondern er muß auch gestatten, daß solche Räume und die Substanz solcher Gebäudeteile, welche an den Mieter nicht zu ausschließlichem Gebrauch vermietet oder überhaupt nicht mitvermietet sind — z. B. Treppen, Flur, Wände, Mauern, Dach, Kanäle — zur Anbringung der erforderlichen Vorrichtungen, insbesondere der Drahtleitungen und der Isolatoren in Anspruch genommen werden[2]).

---

1) Das Formular lautet: „Der Unterzeichnete genehmigt hiemit die Einführung der Leitung des vorstehend beantragten Telephonanschlusses in sein Haus und gestattet unentgeltlich die Anbringung aller derjenigen Vorrichtungen z. B. Ständer, Stützen, Isolatoren u. s. w. an demselben, welche zum Ausbau des Telephonnetzes erforderlich sind."

1) R.G. Bd. 37 No. 56.

Es bedarf nun keiner Ausführung, daß nach der heutigen Gestaltung des Verkehrslebens in einer größeren Stadt eine Fernsprechverbindung für ein Geschäft wie das von der Klägerin betriebene zu einem zweckmäßigen Betriebe durchaus unentbehrlich ist und daß der Mangel dieses Verkehrsmittels eine schwere Belästigung und Schädigung der Klägerin bedeuten würde. Andererseits können die Bekln. selbst nicht behaupten, daß die schon bestehende Anlage, die in eine Fernsprechnebenstelle umgewandelt werden soll, irgendwie eine ungewöhnliche Belästigung oder Inanspruchnahme ihres Hauses mit sich bringe. Der Apparat befindet sich in dem ausschließlich von der Klägerin zu benützenden Verbindungsgang, die Leitung ist durch die Wand des Entresols gelegt, während die Drähte und Isolatoren an anderen Gebäuden befestigt sind. Hieraus ergibt sich keinerlei nennenswerte Belästigung der Beklagten und der Hausbewohner und daran wird auch unbestrittenermaßen durch Umwandlung der Haupt- in eine Nebenstelle lediglich nichts geändert. Wenn die Beklagten einen Einwand daraus ableiten wollen, daß der Apparat sich nicht im Ladenraume selbst, sondern im Verbindungsgang befinde, so ist das nicht stichhaltig. In welchem der von der Klin. ausschließlich gemieteten Räume sich der Apparat selbst befindet, ist für die Beklagten im vorliegenden Falle offenbar ganz gleichgültig, und auch die übrigen zum Fernsprecher gehörigen Einrichtungen — Drähte, Isolatoren, Leitungen durch die Wände u. s. w. — belästigen nicht mehr und nehmen die Substanz des Hauses nicht mehr in Anspruch, wenn der Apparat im Verbindungsgang statt im Laden aufgestellt ist. Die Beklagten machen zwar geltend, daß sie in dem sog. Anbau bauliche Veränderungen vornehmen wollen und die zum kläger. Fernsprecher gehörige Leitung durch die Mauer dieses Anbaus geht. Allein im allgemeinen ist davon auszugehen, daß der Mieter innerhalb der von ihm ausschließlich zu benützenden Mieträume den Apparat da anbringen lassen kann, wo er nach seiner Auffassung am zweckmäßigsten fungiert. Hienach bestimmen sich

dann auch die Räume und Teile des Gebäudes, in denen die übrigen zum Fernsprechapparat gehörigen Vorrichtungen — Drähte u. s. w. — anzubringen sind. Nun kann es aber stets vorkommen, daß diese Vorrichtungen, der Apparat mag angebracht sein wo er will, den Vermieter an der ordnungsmäßigen Ausübung seines Eigentums hindern. Dann wird es auch in der Regel dem Vermieter zustehen, die (dauernde oder vorübergehende) Verlegung der Vorrichtungen an eine andere Stelle des Gebäudes zu verlangen. Diese Befugnis wird — von besonderen Umständen abgesehen — auch den Beklagten zustehen. Wenn sie — innerhalb der durch den Mietvertrag ihnen gezogenen Grenzen — eine bauliche Veränderung im Anbau vornehmen werden, so werden sie die Verlegung der durch die Wand des Anbaus gehenden Leitung, soweit sie ein Hindernis für das Bauen bildet, verlangen können. Es ist aber nicht abzusehen, warum sie wegen der Möglichkeit einer künftigen baulichen Veränderung ihre Zustimmung zu der für sie mit gar keinen Nachteilen verbundenen Umwandlung der Hauptstelle in eine Nebenstelle jetzt sollen versagen dürfen. Völlig haltlos ist auch der Einwand, daß die Bekl. zur Erteilung der Zustimmung nicht verpflichtet seien, weil die Einrichtung einer Nebenstelle einem gar nicht im Hause der Bekln. gelegenen Laden zugute kommen solle und es sich um einen bloßen Wunsch der Klägerin nach ihrer und ihrer Angestellten Bequemlichkeit handle. Der Mieter hat einen Anspruch darauf, den Fernsprechanschluß so einzurichten, wie es seinen Interessen am meisten entspricht, soweit dabei die übrigen Voraussetzungen der Anbringung eines Fernsprechers gewahrt sind. Es ist nun aber unbestritten, daß eine Hauptstelle und eine Nebenstelle beträchtlich weniger kosten als zwei Hauptstellen und an Ersparung der in Frage stehenden Mehrkosten hat die Klägerin ein berechtigtes Interesse auch in ihrer Eigenschaft als Mieterin der der Beklagten gehörigen Räume.

Aus vorstehendem ergibt sich, daß das Verlangen der Klägerin, die Beklagten haben *ihr* gegenüber die Zustim-

mung zur Anbringung einen Fernsprechnebenstelle zu erteilen gerechtfertigt ist. Dagegen anerkennt der Civilsenat in Uebereinstimmung mit der Auffassung des Reichsgerichts[1]), daß — auch nach den in Stuttgart bestehenden Verhältnissen — eine Verpflichtung der Beklagten zur Abgabe der weiter gehenden Erklärung gegenüber der Telegraphenverwaltung bei Vorliegen der gewöhnlichen Umstände aus den für den Mietvertrag maßgebenden Grundsätzen von Treu und Glauben nicht gefolgert werden könnte. Die von dieser Verwaltung den Hauseigentümern abgeforderte Erklärung, wonach sie auch denjenigen Vorrichtungen zustimmen, welche zum Ausbau des Telephonnetzes erforderlich sind, geht für die Regel erheblich hinaus über die Grenzen des Gebrauchs, den der Vermieter dem Mieter nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu gewähren hat. Allein im gegenwärtigen Falle liegen besondere Umstände vor, welche das Verlangen der Klägerin — im Gegensatz zum Regelfall — als gerechtfertigt erscheinen lassen. Die Beklagten haben die in Frage stehende Zustimmungserklärung der Telegraphenverwaltung gegenüber schon wiederholt abgegeben und es steht dieser auf Grund dessen schon jetzt das Recht zu, sämtliche zum Ausbau des Fernsprechnetzes erforderlichen Vorrichtungen am Hause der Beklagten anzubringen. Mit Abgabe der von der Klägerin verlangten weiteren Erklärung gegenüber der Telegraphenverwaltung übernehmen die Beklagten lediglich keine weitere Verpflichtung, und wenn sie jetzt die Abgabe dieser Erklärung verweigern, so tun sie dies nicht, um sich vor einer weitergehenden Belastung zu schützen, sondern nur um die Klägerin an der Anbringung einer Fernsprechnebenstelle zu verhindern, auf welche die Klägerin nach dem oben Ausgeführten einen wohlbegründeten Anspruch hat. Damit aber handeln die Beklagten wider Treu und Glauben. Es kann auch nicht eingewandt werden, die Beklagten hätten deshalb ein berechtigtes Interesse, die Abgabe der Erklärung zu ver-

1) R.G. Bd. 49 Nr. 73.

weigern, weil, wenn die übrigen 5 Fernsprechanschlüsse in ihrem Hause vor Ablauf des Mietvertrags mit der Klägerin aufhörten, auch ihre Verpflichtung aus den früheren 5 Zustimmungserklärungen wegfallen, dagegen ihre Verpflichtung auf Grund ihrer zugunsten der Klägerin abzugebenden Zustimmung weiterbestehen würde. Denn weder das zu unterzeichnende Formular noch die allgemeinen Bestimmungen für die Einrichtung und Benützung der Fernsprechanstalten geben einen Anhaltspunkt für die Annahme, daß die vom Hauseigentümer gegenüber der Telegraphenverwaltung zu übernehmende Verpflichtung zeitlich beschränkt sein soll auf die Dauer des vom Mieter mit der Verwaltung bezüglich der Fernsprecheinrichtung eingegangenen Vertrags. Es ist vielmehr anzunehmen, daß die Verpflichtung der Beklagten aus ihren 5 früheren Zustimmungserklärungen gegenüber der Telegraphenverwaltung eben so lange dauern wird, als die Verpflichtung aus ihrer zugunsten der Klägerin abzugebenden Erklärung. Durch letztere übernehmen die Beklagten daher auch bezüglich der Zeitdauer ihrer Verpflichtung keine schwerere Belastung als die schon jetzt bestehende.

Urteil des I. Civilsenats vom 13. März 1903 i. S. Seiz g. Seelig.

5.

Zur Auslegung des § 831 B.G.B.[1]

Die Beklagte hat im Sommer 1901 die Erdarbeiten an der Bahnlinie Kleinengstingen—Gamertingen, welche von der Westdeutschen Eisenbahngesellschaft gebaut wurde, ausgeführt. Hiebei wurde u. a. an einem etwa 50 Meter langen Einschnitte Sprengungsarbeiten vorgenommen. Am 23. Juli 1901 ging die Klägerin zu einer Zeit, während welcher Sprengungen an genannter Stelle stattfanden, auf der Landstraße in der Richtung von G. nach B. Als Klägerin sich an einer von dem Punkt, an dem die Sprengungsarbeiten

1) Vgl. R.G. Nr. 53 Nr. 16 und 32; W.J.B. 14 S. 139 ff.

stattfanden, 193 Meter entfernten Stelle auf der Landstraße befand, wurde sie von einem durch einen Sprengschuß losgelösten Stein an der rechten Schläfe getroffen und erlitt erhebliche Verletzungen. Unmittelbar vor der Klägerin — gegen B. zu — stand im Augenblick des Unfalls der als Sicherheitsposten verwendete 20 Jahre alte italienische Erdarbeiter S. C., der der deutschen Sprache so weit mächtig war, daß er den herannahenden Personen zu verstehen geben konnte, wie weit sie von der Sprengstelle sich entfernt zu halten haben. C. hatte, als die Klägerin sich ihm von G. her näherte, ihr durch Winken und Zurufen zu verstehen gegeben, daß sie zurückbleiben solle. Infolge dieser Weisung war sie eine Strecke weit gegen G. zu zurückgegangen. Bekl. behauptet, die Klägerin sei dann wieder gegen C. zugegangen, während Klägerin geltend macht, sie habe mit dem Zurückgehen aufgehört, weil C. stehen geblieben sei.

Als sog. Schachtmeister war von den Bekl. der 29 Jahre alte J. B. angestellt. Er hatte auch die Sprengungsarbeiten zu leiten. Als Vorsichtsmaßregeln zum Schutze des Publikums waren folgende Vorkehrungen getroffen: es wurden jeweils 3 Posten mit roten Fahnen aufgestellt, der eine G. zu, der andere in nächster Nähe des Rathauses von B. und der dritte auf der Strecke gegen das Dorf B. zu. Die Entfernung der Posten von der Sprengungsstelle hatte jeweils mindestens 200 Meter zu betragen. Der Schachtmeister B. hatte übrigens den Posten streng eingeschärft, sich möglichst weit von den Schußplätzen, 300—400 Meter und noch weiter zurück, aufzustellen und die herankommenden Leute durch Winken mit der Fahne und Zurufen mindestens noch weitere 50 Meter zurückzuhalten. Ehe das Schießen begann, mußte der Schießmeister so laut, daß es die Posten hören konnten, dreimal „Feuer" rufen, dann wurden die Zündschnüre der Ladungen angezündet, worauf noch einige Minuten verfloßen, bis die Schüsse losgingen. Durch die Zurufe sollten die Posten darauf aufmerksam gemacht werden, daß es jetzt Zeit sei, die etwa herankommenden Leute zurückzuhalten. Die Be-

obachtung der eben genannten, zum Schutz der sich nähernden Leute bestimmten Anordnungen hatte der Schachtmeister B. auch dem Arbeiter C. streng eingeschärft. Die gegen die beklagte Gesellschaft gerichtete Klage der Klägerin auf Schadensersatz wegen fahrlässiger Körperverletzung ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

Es kann zunächst keinem Zweifel unterliegen, daß die Bekl. den Schachtmeister J. B. zu einer „Verrichtung“ im Sinne des § 831 „bestellt“ hat, damit, daß sie ihm die Leitung der in Frage stehenden Sprengarbeiten übertrug. Zu einer Verrichtung von der Bekl. bestellt war auch der mit Versehung des Wachtdienstes betraute Arbeiter C. Es macht hiebei keinen Unterschied, wenn C., wie Bekl. behauptet, nicht unmittelbar von ihr, sondern für sie von B. angestellt war. Zweifellos ist auch, daß B. oder C. (oder die sonstigen bei der Sprengung tätig gewesenen Arbeiter) in Ausführung der Verrichtung, zu der sie von der Bekl. bestellt waren, der Klin. widerrechtlich eine Körperverletzung zugefügt haben. Hiemit sind die Erfordernisse des Schadensersatzanspruchs der Klin. gemäß § 831 Abs. 1 Satz 1 gegeben. Insbesondere braucht die Klin. kein Verschulden der von der Bekl. bestellten Personen darzutun. Die Ersatzpflicht der Bekl. tritt aber nach Satz 2 das. nicht ein, wenn die Bekl. bei Auswahl der von ihr bestellten Personen oder bei Leitung der Ausführung der in Frage stehenden Verrichtungen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Die Bekl. hat den Beweis erbracht, daß sie bei Auswahl der von ihr bestellten Personen die nach § 831 BGB. erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Die Klägerin geht selbst davon aus, daß es sich um eine Nichtbeobachtung dieser Sorgfalt nur handeln kann bezüglich des Schachtmeisters B. und des Arbeiters C., daß dagegen die übrigen beim Sprengen am 23. Juli 1901 tätig gewesenen Arbeiter in dieser Beziehung überhaupt nicht in Betracht kommen.

Was zunächst die Person des B. betrifft, so ist durch

seine eigenen Zeugenaussagen mindestens so viel beweisen, daß er seit mehr als 15 Jahren beim Eisenbahnbau beschäftigt ist und zahlreiche Sprengarbeiten geleitet hat und daß ihm infolgedessen eine erhebliche Erfahrung in diesem Berufszweig zu Gebote stand, als er von der Bekl. angestellt wurde. Sein Zeugnis wird in genügender Weise ergänzt durch das des Bauführers B., welcher auf Grund seiner eigenen Beobachtungen bei den Sprengarbeiten an der Linie K.—G. die Umsicht des B. hervorhebt und ihn für einen in der Leitung dieser Arbeiten durchaus erfahrenen Mann erklärt. Wenn die Bekl. einen solchen Mann als Schachtmeister angestellt und ihm die Leitung der Sprengarbeiten übertragen hat, so hat sie dabei diejenige Sorgfalt angewandt, welche unter den gegebenen Umständen anzuwenden und nach den vernünftigen und normalen Anforderungen des Verkehrs genügend war. Hiebei ist schon berücksichtigt, daß es sich bei B. nicht um die einfachen Verrichtungen eines gewöhnlichen Arbeiters, sondern um schwierige und verantwortungsvolle Verrichtungen handelt, die eine fachmännische Ausbildung und einen bei der Gefährlichkeit der Sprengarbeiten besonders hohen Grad von Besonnenheit, Umsicht und Gewissenhaftigkeit erheischten. Die Bekl. durfte das Vorhandensein dieser Eigenschaften bei B. voraussetzen und hatte lediglich keinen Grund, an deren Vorhandensein zu zweifeln. Die Auffassung, daß die Bekl. bei Auswahl des B. die erforderliche Sorgfalt beobachtet habe, wäre selbst dann begründet, wenn anzunehmen wäre, B. habe bei dem Vorfall vom 23. Juli 1901 pflichtwidrig gehandelt, indem er dem Schießmeister B. die Aufsicht übergab und indem er es geschehen ließ, daß C. sich in zu geringer Entfernung von der Sprengstelle aufstellte. Denn dieser e i n e Vorfall widerlegt nicht rückwärts die Annahme, daß B. zur Zeit seiner Anstellung und bis zu dem Vorfall im allgemeinen die zur Versehung jener Stelle erforderlichen Eigenschaften besessen habe und daß die Bekl. ihr Vorhandensein bei ihm voraussetzen durfte. Hierauf allein aber kommt es, soweit es sich um die

Haftung der Beklagten handelt, an, und es wäre unerheblich, wenn die volle Pflichterfüllung des B. im vorliegenden konkreten Falle versagt hätte.

Was C. betrifft, so kann sich die Bekl. ihrer Haftung nicht schon mit dem Einwand entziehen, daß sie die Leitung der Sprengarbeiten dem Schachtmeister B. durch Vertrag übertragen und daß B. den C. angewiesen habe. Selbst wenn dies der Fall wäre, wäre trotzdem C. im Sinne des § 831 von der Beklagten zu einer Verrichtung „bestellt". Ueberließ nun aber die Bekl. die Anstellung der gewöhnlichen Arbeiter dem Schachtmeister, so bestand die ihr nach § 831 obliegende Verpflichtung darin, daß sie bei Auswahl der mit dieser Anstellung betrauten Person auch darauf bedacht sein mußte, daß diese die zur richtigen Auswahl der Arbeiter, zur Beurteilung ihrer technischen und Charaktereigenschaften nötige Gewissenhaftigkeit besitze. Die Bekl. war aber zu der Annahme berechtigt, daß B. auch in dieser Richtung seiner Aufgabe voll gewachsen sei, und hiemit ist sie einer Haftung aus § 831 bezüglich der Auswahl des C. enthoben, falls dessen Anstellung durch B. erfolgt ist.

Wäre aber die Anstellung C.'s durch die Bekl. selbst unmittelbar d. h. durch einen ihrer Teilhaber erfolgt, so hätte sie auch in diesem Fall ihrer Pflicht gemäß § 831 B.G.B. genügt. Es kommt zunächst in Betracht, daß es sich bei C. um zwar ziemlich verantwortungsvolle, aber doch verhältnismäßig leichte und einfache Dienstverrichtungen handelt. Daß C. die zur Versehung dieser Verrichtungen nötigen Kenntnisse und Eigenschaften hat, ist auf Grund der Zeugenaussagen des Bi., Br. und W. nicht zu bezweifeln und es lag für die Bekl. kein Grund zu irgend einem Bedenken in dieser Richtung vor, als sie ihn anstellte. Auch wenn man annehmen wollte, C. habe bei dem Vorfall vom 23. Juli 1901 pflichtwidrig gehandelt, indem er sich in zu geringer Entfernung von der Schußstelle hielt, so würde das an der Auffassung nichts ändern, daß die Bekl. bei seiner Auswahl die erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Es mag in dieser

Beziehung auf das oben hinsichtlich B.s Ausgeführte verwiesen werden.

Die Beklagte hat auch den Beweis erbracht, daß sie bei Leitung der Ausführung der in Frage stehenden Verrichtungen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Diese Leitung lag ihr zweifellos ob und sie kann sich auch in dieser Beziehung ihrer Haftung nicht mit dem bloßen Hinweis darauf entziehen, daß sie die Leitung dem Schachtmeister B. durch Vertrag übertragen habe. Andererseits aber muß anerkannt werden, daß von der Beklagten, d. h. von ihren beiden Teilhabern nicht verlangt werden kann, daß sie bei ihrem der Natur der Sache nach sehr umfangreichen Betriebe jeden einzelnen Arbeiter bei jeder vorkommenden Verrichtung persönlich überwachen und in jedem einzelnen Fall besondere Anordnungen trafen. Die Beklagte genügte vielmehr — von besonderen hier nicht vorliegenden Umständen abgesehen — ihrer Leitungspflicht, wenn sie allgemein Anordnungen und Vorrichtungen traf, durch deren Beobachtung und Anwendung ein ordnungsmäßiger und sicherer Betrieb gewährleistet war, und wenn sie zu der Annahme berechtigt war, daß die Anordnungen befolgt werden und die Vorrichtungen sich zweckentsprechend im Gange befinden.

Daß nun die getroffenen Anordnungen, namentlich die von B. auch dem C. eingeschärfte Vorschrift, sich mindestens 300 Meter von der Sprengstelle entfernt zu halten, wenn sie genau befolgt wurden, eine vollkommene Sicherheit für das Publikum bewirkten, ist unbestritten. Die Beaufsichtigung der Einhaltung dieser Anordnungen durfte aber die Beklagte auch einer anderen Person überlassen, falls diese die hiezu nötigen Eigenschaften besaß und im gegebenen Falle keine besonderen Gründe vorlagen, welche die Beaufsichtigung durch den Geschäftsherrn selbst notwendig machten. Solche Umstände sind, wie schon bemerkt, im vorliegenden Falle nicht vorhanden. Daß nun B. auch alle diejenigen Eigenschaften besaß, welche im allgemeinen und im vorliegenden Fall zur Leitung einer Sprengarbeit, insbesondere zur Beaufsichtigung

der Arbeiter nötig waren, unterliegt nach dem schon oben Ausgeführten keinem Zweifel. Alle Gründe, welche zu der Annahme führen, daß die Bekl. bei der Auswahl B.'s die erforderliche Sorgfalt beobachtet habe, rechtfertigen auch den Schluß, daß die Bekl. diese Sorgfalt beobachtet hat, als sie ihm im vorliegenden Falle die Leitung der Sprengarbeiten, insbesondere die Beaufsichtigung der Sicherheitsposten überließ. Die Beklagte konnte sich verständiger Weise darauf verlassen, daß B. seiner Beaufsichtigungspflicht genügen werde, und konnte überdies annehmen, daß die Wachtposten auch ohne Rücksicht auf die Beaufsichtigung durch B. im Hinblick auf die ihnen eingeschärfte allgemeine Anordnung und die ihnen selbst bei deren Nichtbefolgung drohende Gefahr sich in gehöriger Entfernung von der Sprengstelle halten und eine gefährliche Annäherung des Publikums verhindern werden.

Urteil des I. Civilsenats vom 30. Januar 1903 i. S. Theisen gegen Mayer.

6.

Haftung der Postverwaltung für unerlaubte Handlungen, die ein Briefträger anläßlich von Amtshandlungen begangen hat.

Klin. hat vom württ. Fiskus Ersatz des Schadens verlangt, den sie durch zwei strafbare Handlungen des seit 21. Oktober 1900 als Hilfsbriefträger bei dem württ. Postamt D. ordnungsmäßig verpflichteten und beeidigten F. M. erlitten hat. M. hat nämlich 1) am 1. März 1901 einen von der Klin. an ihre Nebenstelle in D. von Pforzheim aus abgesandten eingeschriebenen Brief, den er auszutragen hatte, geöffnet und von den neun darin befindlichen Einhundertmarkscheinen einen entnommen und sich angeeignet, worauf er den Brief wieder verschloß und an die Adressatin ablieferte;

2) am 24. Mai 1901 bei Leerung des Briefkastens in

D. einen von der dortigen Nebenstelle der Klin. an den Firmenteilhaber E. S. gerichteten gewöhnlichen Brief zurückbehalten, geöffnet, den Inhalt mit 60 M. in Reichskassenscheinen sich angeeignet nnd den Brief verbrannt.

Die Klage stützte sich auf Art. 202 des württ. A.G. zum B.G.B. in Verbindung mit § 839 B.G.B., sowie auf § 831 B.G.B. und die §§ 31 und 89 B.G.B., in zweiter Linie auf die mit dem Bekl. geschlossenen Postbeförderungsverträge und § 278 BGB. Die Klage ist abgewiesen worden.

Gründe:

Eine nicht auf Vertrag beruhende Haftung des Bekl. für den Schaden, der der Klin. durch die von M. verübten unerlaubten Handlungen erwachsen ist, läßt sich nicht begründen.

Der Vorbehalt des Art. 77 EG. zum B.G.B. und die auf Grund dieses Vorbehalts getroffene Bestimmung des Art. 202 A.G. zum B.G.B.. handelt nur von Ersatz des Schadens, den ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügt hat. Der Hilfsbriefträger M. war aber überhaupt kein Beamter, dem eine öffentliche Gewalt anvertraut war, der staatliche Postbetrieb stellt sich nicht als Ausübung einer öffentlichen Gewalt, als Hoheitsrecht, dar, sondern als ein staatliches Monopol oder Regal, als ein im Interesse sowohl der Allgemeinheit als des Staats diesem zum Alleinbetrieb überlassener Zweig des Verkehrswesens[1]). Ein im Postbetrieb angestellter niederer Beamter, wie dies ein Briefträger ist, unterscheidet sich in betreff des Kreises seiner Tätigkeit nicht von ähnlichen Angestellten in Privatbetrieben; insbesondere sind die Amtshandlungen, anläßlich deren er die in Rede stehenden unerlaubten Handlungen begangen hat — Austragen von Briefen und Leeren von Briefkästen — keine solche, die einen Träger öffentlicher Machtbefugnisse als Handelnden voraus-

1) Vgl. Laband, Staatsrecht des deutschen Reichs 4. Aufl. Bd. 3 § 73 Ziff. II S. 48–53; Gaupp, württ. Staatsrecht 2. Aufl. §§ 113. 114.

setzen. Der Grund, aus dem in den Fällen des Art. 202 A.G. die Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat treffen soll, ein erhöhtes Schutzbedürfnis der mit Ausübung öffentlicher Gewalt betrauten Beamten, trifft bei derartigen Handlungen eines Briefträgers, wie sie in Frage stehen, offensichtlich nicht zu. Auf Art. 202 A.G. (in Verbindung mit § 839 B.G.B.) läßt sich daher der erhobene Anspruch keinenfalls stützen.

Ebensowenig aber auf § 89, vgl. mit § 31 B.G.B. Denn hienach ist der Fiskus verantwortlich für den Schaden, den ein „verfassungsmäßig berufener Vertreter" durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem dritten zufügt. Mag man nun auch den Kreis der „verfassungsmäßig berufenen Vertreter" des Fiskus weit ziehen, unter keinen Umständen kann ein unständig angestellter, zur Aushilfe herangezogener Hilfsbriefträger, dessen Tätigkeit jedenfalls ganz überwiegend, wenn nicht ausschließlich, in rein tatsächlichen Verrichtungen besteht, zu den verfassungsmäßig berufenen Vertretern des Fiskus gerechnet werden. Dem widerspricht ebenso der Sprachgebrauch wie die Erwägung, daß bei solcher Ausdehnung der Haftung des Staats und anderer juristischer Personen für die Handlungen Dritter diese juristischen Personen erheblich schlechter bestellt wären als physische Personen, während der Inhalt der Rechtsnorm dahin aufzufassen ist, daß sie den physischen Personen in betreff der Haftung gleich gestellt werden sollen.

Eine Haftung des Bekl. aus § 831 B.G.B. würde voraussetzen, daß die Bestimmung des § 831 überhaupt in betreff der Haftung der Post für ihre Angestellten Geltung hat. Das war aber mit dem angefochtenen Urteil zu verneinen. Das Postgesetz vom 28. Oktober 1871 ist dahin zu verstehen, daß die Post nur in den in diesem Gesetz angeführten Fällen — jedenfalls soweit die Beschädigung oder Entwendung von Poststücken in Frage kommt, — dem Geschädigten haftet, eine weitergehende Haftung durchweg ausgeschlossen sein soll. Hie-

für sprechen die §§ 12 und 51 des Postgesetzes; hiefür spricht aber insbesondere die Erwägung, daß der Gesetzgeber bei Erlassung des Reichs-Postgesetzes nicht wohl gewillt sein konnte, bezüglich der Haftung der Post für unerlaubte Handlungen ihrer Angestellten die inhaltlich höchst verschiedenen, weit auseinandergehenden Landesrechte maßgebend sein zu lassen; es kann z. B. nicht gewollt sein, daß trotz der Bestimmung des § 6, wonach die Post für Verlust oder Beschädigung eines gewöhnlichen Briefs in keinem Fall Ersatz leistet, eine solche Ersatzleistung doch in Frage kommen könnte, wenn ein Angestellter der Post in betreff eines solchen Briefs eine unerlaubte Handlung begangen hat; in solchem Fall wäre auch die Einschränkung der Haftung, wie sie der zweite Halbsatz des § 12 des Postgesetzes aufstellt, wohl nicht anwendbar (weil der § 12 sich überhaupt nicht auf solche Fälle beziehen würde); die Post könnte also in die Lage kommen, für einen durch eine unerlaubte Handlung eines ihrer Angestellten vernichteten Brief eine Entschädigung von tausenden von Mark leisten zu müssen, während doch die Möglichkeit der raschen und billigen Briefbeförderung, wie sie tatsächlich erfolgt, darauf beruht, daß bezüglich der richtigen Bestellung u. s. w. gewöhnlicher Briefe keine Kontrolle oder Vorsichtsmaßregeln (wie Registrierung aller Briefe und drgl.) getroffen sind. Mit den von der Civilkammer angeführten Schriftstellern[1]) war daher[2]) anzunehmen, daß das Postgesetz die Materie der Haftung der Post (für Beschädigung und Verlust von Poststücken) vollständig geregelt hat, so daß daneben für eine landesrechtliche Haftung der Post aus unerlaubten Handlungen von Postbeamten kein Raum blieb. Ist dem aber so, so hat an diesem Rechtszustand das Inkrafttreten des B.G.B. nichts geändert; denn

---

1) Dambach, Postges. S. 96; Schmidt in Gruchot Bd. 33; vgl. auch noch Delius, Die Haftpflicht der Beamten § 35 Ziff. 6 a S. 100—101.

2) entgegen der vom R.G. 19 Nr. 20 S. 107 vertretenen Ansicht.

nach Art. 32 E.G. zum B.G.B. blieben die Vorschriften der Reichsgesetze, also auch die des Reichspostgesetzes, in Kraft, soweit sich nicht aus dem B.G.B. oder dem E.G. die Aufhebung ergibt, was hinsichtlich keiner Bestimmung des Postgesetzes zutrifft.

Uebrigens würde § 831 B.G.B. auch aus dem Grund eine Haftung des Bekl. für die in Rede stehenden unerlaubten Handlungen des M. nicht ergeben, weil der dem Bekl. nach Satz 2 des Abs. 1 freistehende Entschuldigungsbeweis als erbracht anzusehen wäre. Bei der Anstellung des M. hat Bekl. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet: denn er hat ihn angestellt, nachdem ein gemeinderätliches Zeugnis über ihn eingeholt war, das zu irgend welchen Bedenken keinen Anlaß geben konnte; zu Gunsten M.s sprach zudem einigermaßen der Umstand, daß er der Sohn eines noch im Dienst befindlichen Briefträgers war, den er vertreten sollte, während seine Jugend — 19 Jahre — an sich kein Grund war, in der hier in Betracht kommenden Richtung, nämlich betreffs seiner Ehrlichkeit, Zweifel zu erregen. Eine „Leitung" der speziellen Tätigkeit, wobei M. die in Rede stehenden unerlaubten Handlungen verübt hat, also des Austragens von Briefen und des Leerens von Briefkästen, lag dem Bekl. nicht ob. Wollte man aber je auch so weit gehen, anzunehmen, Bekl. sei auf Grund des § 831 B.G.B. für strafbare Handlungen M.s, wie sie im gegenwärtigen Rechtsstreit in Frage stehen, verantwortlich, wenn er es an der erforderlichen Aufsicht habe fehlen lassen oder den M. im Dienst belassen habe, obgleich gegen ihn dringender Verdacht bestand, Diebstähle und drgl. im Dienst verübt zu haben, so müßte doch auch in dieser Beziehung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt als vom Bekl. beobachtet oder doch der eingetretene Schaden als ein solcher gelten, der sich auch durch solche Sorgfalt nicht vermeiden ließ. Der Verdacht gegen M. war nicht in dem Maß dringend, daß die harte Maßregel sofortiger Dienstenthebung angezeigt war: denn wie die Landjägermeldung vom 6. Juni 1901 beweist, erschien noch da-

mals trotz eifriger Nachforschung der Landjägermannschaft der Eisenbahnpraktikant M. als mindestens ebenso verdächtig; Handlungen von der Art aber, wie sie M. zum Nachteil der Klin. verübt hat, waren auch bei Anwendung strengster Aufsicht nicht auszuschließen; solang M. Briefe austragen und Briefkästen leeren durfte, konnte er Briefe, die ihm dabei in die Hand kamen, sich aneignen, und ihm diese Tätigkeit abzunehmen, dazu lag nach dem eben Gesagten kein genügender Grund vor, auch wenn der Stationsvorsteher von D. „ungünstige Gerüchte" über M. zu Ohren gekommen sein sollten.

Eine vertragsmäßige Haftung des Bekl. für den von M. der Klin. zugefügten Schaden kann ebenfalls nicht in Frage kommen.

Nach § 13 des Postgesetzes ist der Anspruch auf Schadloshaltung gegen die Postverwaltung in allen Fällen gegen die Oberpostdirektion zu richten, in deren Bezirk der Ort der Einlieferung der Sendung liegt. In Betreff des in Pforzheim zur Post gegebenen Briefes wäre dies die Oberpostdirektion in Karlsruhe, ein Organ der Reichspostverwaltung. Schon aus diesem Grund ist die wegen des eingeschriebenen Briefs gegen den württ. Fiskus gerichtete Klage abzuweisen. Der Ersatzanspruch wegen dieses Briefes wäre aber auch verjährt, weil von dessen Einlieferung — 1. März 1901 — bis zur Anbringung der Reklamation der Klin. — 24. Oktober 1901 — mehr als 6 Monate verstrichen sind: § 14 des Postgesetzes. Noch ist darauf hinzuweisen, daß die Entnahme eines von neun 100 M.-Scheinen aus einem Brief nicht als „Verlust" der betreffenden Sendung sich wird auffassen lassen: § 6 Abs. 11 des Postgesetzes.

Für Verlust der Beschädigung eines gewöhnlichen Briefs leistet die Post nach § 6 Abs. 5 und § 12 des Postgesetzes überhaupt keine Entschädigung; schon aus diesem Grund ist ein auf Vertrag gestützter Ersatzanspruch der Klin. wegen des in D. aufgegebenen Briefes ausgeschlossen. Daß die Post ihrem Vertragsgegner auf Grund des Beförderungsvertrags

nur nach Maßgabe der Bestimmungen des Postgesetzes haftet, ist außer Zweifel.

Urteil des I. Civilsenats vom 30. Januar 1903 i. S. Stanger gegen Fiskus.

7.

Rechtsfolgen der Bezeichnung einer Ware mit einem Namen, der ihr wegen eines fremden Warenzeichenrechts nicht beigelegt werden darf, in einem zwischen dem Verfertiger und einem Wiederverkäufer der Ware geschlossenen Vertrag.

Durch Vertrag vom 20. März 1901 hat Klin. den Bekl. „den Alleinbezug für Württemberg und Hohenzollern (für) ihre Xylolithmasse und gereinigtes Chlormagnesium zur Herstellung fugenloser Fußböden" übertragen. Bekl. haben Bezahlung des Kaufpreises der von ihnen bezogenen Waren der genannten Art verweigert und deren Zurücknahme verlangt, weil laut Beschluß der Beschwerdeabteilung II des Kais. Patentamts vom 18. Dezember 1895 der Firma „Deutsche Xylolith- (Steinholz-) Fabrik O. S. u. Cie." in P. das Wort „Xylolith" als Warenzeichen durch Eintrag in die Rolle des Kais. Patentamts vom 10. Februar 1896 geschützt ist für „Platten aus Steinholz für Fußbodenbelag, Wandbildung, Dachdeckung, Treppenstufen, Fensterbänke, Tischplatten, Türfüllungen, Bettstellen u. dgl.", Klin., die dies zudem schon bei Abschluß des Vertrags gewußt habe, hienach nicht berechtigt sei, ihr Fabrikat unter dem Namen „Xylolithmasse" zu verkaufen und hienach ihrerseits den Vertrag nicht erfüllt habe und nicht erfüllen könne.

Das Berufungsgericht hat nach dem Klagantrag erkannt aus folgenden

Gründen:

I. Die Bekl. haben, wie außer Streit ist, die bestellte Ware, deren Kaufpreis Gegenstand des Rechtsstreits ist, erhalten und können und dürfen sie verwenden: nur deren

Bezeichnung mit dem Namen „Xylolithmasse" ist ihnen, wie unterstellt werden mag, untersagt. Es fragt sich, ob dieser Umstand die Bekl. berechtigt, die noch vorhandene Ware zur Verfügung zu stellen und deren Bezahlung — unter Rücktritt von dem mit der Klin. geschlossenen Kauf — zu verweigern.

II. Der Name einer Ware kann sicherlich für den Käufer, zumal wenn er sie, wie die Bekl., zum Zweck des Wiederverkaufs anschafft, von großer Bedeutung sein. Wenn es sich um eine unter dem betreffenden Namen bekannte oder berühmte Ware handelt (z. B. „Salvator"-Bier), kann der Absatz schwer beeinträchtigt werden, wenn es sich herausstellt, daß ein Dritter das ausschließliche Recht hat, seine Ware mit diesem Namen zu bezeichnen, der Verkäufer und der Käufer sie also nicht unter diesem Namen verkaufen dürfen. Wenn die Sache so liegt, mag der Käufer, der die Ware unter dem betreffenden Namen zum Wiederverkauf angeschafft hat, unter Umständen berechtigt sein, vom Kauf zurückzutreten. Allein keineswegs immer ist der einer Ware vom Fabrikanten gegebene Name für den Wiederverkäufer von Bedeutung. Wenn z. B. ein Fabrikant einen neuen Stoff anfertigt, ist es für dessen Einführung im Zweifel gleichgültig, ob er ihm diesen oder jenen Namen (z. B. „robur" oder „force") beilegt: entschließt sich ein Wiederverkäufer, eine größere Menge dieses Stoffs zu kaufen, so tut er dies im Zweifel mit Rücksicht auf die — angeblichen oder wirklichen — Eigenschaften des Stoffs und nicht deshalb, weil der Fabrikant den Stoff „robur" betitelt; er würde ihn gerade so kaufen, wenn er „force" genannt wäre. Die Behauptung der Bekl.: bei Neueinführung einer Ware sei deren Name von Bedeutung für ihre Vertriebsfähigkeit, ist — wie das Berufungsgericht ohne Anhörung von Sachverständigen festzustellen in der Lage ist — in dieser Allgemeinheit jedenfalls unrichtig.

III. Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich und von den Bekl. in keiner Weise darzutun versucht worden, daß

die Bekl. die in Rede stehenden Waren mit Rücksicht auf den Namen „Xylolithmasse" gekauft haben, daß sie sie nicht gekauft hätten, wenn ihnen Klin. gesagt hätte, sie nenne die Masse nunmehr Carborit und die Bekl. dürfen sie nicht unter dem Namen Xylolithmasse in Verkehr bringen, oder daß der Absatz der Ware Not gelitten hätte, wenn Bekl. sie als „Carborit" statt als „Xylolithmasse" angeboten und verkauft hätten; es ist nicht angezeigt und nichts dafür beigebracht, daß die Ware der Klin. unter dem Namen Xylolithmasse etwa schon in weiteren Kreisen bekannt geworden ist, daß dieser Name und nicht der Ruf des Fabrikanten oder die dem Abnehmer vorgelegten Proben und Muster oder die in den Prospekten und Inseraten u. s. w. angegebenen Eigenschaften der Ware von Bedeutung für die Entscheidung des Käufers sind. Ein Beweis in dieser Richtung oder dafür, daß für Waren des in Rede stehenden Geschäftszweigs der Name der Ware von Bedeutung sei, ist nicht angetreten.

IV. Eine Gewähr dafür, daß die Masse unter dem Namen „Xylolithmasse" verkauft werden dürfe, hat nach dem, was die Parteien vorgetragen haben, Klin. weder ausdrücklich noch stillschweigend übernommen; um eine „zugesicherte Eigenschaft" der Ware, nämlich die Eigenschaft unter dem Namen „Xylolithmasse" verkäuflich zu sein, handelt es sich also nicht. Ebensowenig aber darum, daß die Ware deshalb fehlerhaft ist, weil sie nicht unter dem Namen „Xylolithmasse" verkauft werden darf. Fehlerhaft ist eine Ware, sofern ihr Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder gemindert ist. Daß die Gebrauchsfähigkeit einer Ware von ihrem Namen völlig unabhängig ist, versteht sich von selbst; und wenn je ein Umstand, der mit der Beschaffenheit der Ware nichts zu tun hat, aber auf ihre Absatzfähigkeit von Einfluß sein kann, wie deren Name, als ein deren „Wert" beeinträchtigender „Fehler" angesehen werden könnte, so ergibt sich aus dem in Ziff. III

Gesagten, daß nach Lage der Sache der Umstand für die Absatzfähigkeit der von den Bekl. bei der Klin. gekauften Ware bedeutungslos erscheint, daß sie nicht unter der Bezeichnung „Xylolithmasse" verkauft werden darf.

V. Eine Unmöglichkeit der Erfüllung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufs seitens der Klin. deshalb, weil die Ware nicht als „Xylolithmasse" weiterverkauft werden darf, läge nur dann etwa vor, wenn die Befugnis zum Wiederverkauf unter diesem Namen zufolge Vereinbarung der Parteien oder nach ihrem aus den Umständen sich ergebenden mutmaßlichen Willen als Bedingung des Kaufs anzusehen wäre. Das ist aber, wie ausgeführt wurde, nicht der Fall. Hievon abgesehen ist die Bestellung auf Lieferung einer bestimmten Menge einer in gewisser Weise hergestellten und zusammengesetzten Masse gegangen, die zur Kennzeichnung „Xylolithmasse" genannt wurde, aber gerade so gut anders oder überhaupt mit keinem Namen, sondern als „die nach dem Rezept der Klin. angefertigte Masse zur Herstellung fugenloser Fußböden" hatte bezeichnet werden können. Klin. hat geleistet, was sie vertragsmäßig zu leisten verpflichtet war: Lieferung einer bestimmten Menge eines bestimmten Stoffs, den sie „Xylolithmasse" genannt hat, ohne eine Gewähr dafür zu übernehmen, daß Bekl. ihn unter diesem Namen verkaufen können; die Bekl. haben auch nicht etwa gegenüber der Klin. eine Verpflichtung in betreff der Bezeichnung übernommen, unter der sie die Ware weiter zu veräußern haben. Der Satz, der Verkäufer habe dafür einzustehen, daß der Käufer einer Sache an deren Gebrauch nicht durch (Patent-) Rechte Dritter gehindert wird [1]), kann auf den vorliegenden, ganz anders gelagerten Fall keine entsprechende Anwendung finden.

VI. Man mag davon ausgehen, daß Klin. die Bekl. von dem ihr spätestens am 17. April 1901 bekannt gewordenen Umstand alsbald hätte benachrichtigen sollen, daß der

1) Württ. Jahrb. B. 9 S. 22.

Firma S. u. Cie. das Wort „Xylolith" als Warenzeichen geschützt sei; ein arglistiges Verhalten der Klin. ist übrigens nicht angezeigt. Sofern Klin. durch Unterlassung dieser Benachrichtigung ihre Vertragspflichten verletzt haben sollte, wären die Bekl. berechtigt, Schadensersatz zu fordern, also Herstellung der Lage, in der sie sich befunden hätten, wenn Klin. ihnen jene Mitteilung gemacht hätte: § 249 B.G.B. Diesfalls hätten aber die Bekl. nach dem oben Ausgeführten keineswegs von dem Kauf zurücktreten können; wohl aber hätten sie vielleicht unterlassen, gewisse Aufwendungen zu machen, die sie möglicher Weise in Wirklichkeit gemacht haben z. B. Prospekte drucken zu lassen, worin sie „Xylolithmasse" anzeigten und die sie jetzt nicht benützen können. Ersatz derartigen Aufwands wären vielleicht die Bekl. von der Klin. zu verlangen berechtigt, einen Anspruch in dieser Richtung haben sie aber nicht erhoben und ihr Rücktritt vom Vertrag ist nach dem Bisherigen nicht gerechtfertigt.

Urteil des I. Civilsenats vom 23. Januar 1903 i. S. Grünewalt g. Rall u. Gen.

Das Reichsgericht hat das von den Bekl. zwecks Einlegung der Revision nachgesuchte Armenrecht „wegen Aussichtslosigkeit der weiteren Rechtsverfolgung" verweigert.

8.

Haftung einer eingetragenen Genossenschaft für betrügliche Handlungen eines Vorstandsmitglieds.

Der Bekl. hat gegenüber der klagenden Genossenschaft eine Bürgschaft in erheblichem Betrag übernommen; er hat geltend gemacht, er sei zur Eingehung der Bürgschaft durch betrügerische Vorspiegelungen des mit Einholung seiner Unterschrift beauftragten Vorstandsmitgliedes E. der Klin. bestimmt worden. Klin. hat demgegenüber u. a. behauptet: E. sei lediglich als ihr Bote mit Einholung der Unterschrift des Bekl. betraut worden, ohne weitere besondere Vollmacht zu

haben. Nach dem Statut der Klin. können zwei Vorstandsmitglieder rechtsgültig für die Gesellschaft zeichnen und Erklärungen abgeben. Ueber diesen Punkt sagen die

Gründe

des Berufungsurteils:

Selbst wenn der Auftrag vom 9. März 1895, die Unterschrift des Bekl. einzuholen, die von der Klin. geltend gemachte beschränkte Bedeutung gehabt hätte, so wurde hiedurch die dem E. statutenmäßig bezw. gesetzmäßig zukommende Befugnis, im Verein mit einem weiteren Vorstandsmitglied Verträge jeder Art namens der Klin. mit verpflichtender bezw. berechtigender Wirkung für die Klin. abzuschließen, in keiner Weise berührt. Namentlich verblieb ihm die kraft seiner Eigenschaft als Vorstandsmitglied ohne besondere Vollmacht zustehende Befugnis, einen Bürgschaftsvertrag wie den in Frage stehenden (im Verein mit einem andern Vorstandsmitglied) gültig für die Klin. abzuschließen. E. war trotz des ihm erteilten beschränkten Auftrags befugt, dem Bekl. gegenüber als statutenmäßiger Stellvertreter (Vorstandsmitglied) aufzutreten, und daß er in dieser Eigenschaft handeln wolle und handle, hat er durch sein ganzes Auftreten am 10. März 1895 unzweideutig bekundet. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob bei einem Vertrag wie dem vorliegenden, wo es sich auf seiten der Klin. nur um Erwerb eines Rechts, nicht auch um Uebernahme einer Verpflichtung gehandelt hat, die Mitwirkung zweier Mitglieder des Vorstands überhaupt erforderlich war, und ob nicht die Entgegennahme der Bürgschaftserklärung des Bekl. durch ein Vorstandsmitglied genügte. Selbst wenn man aber annehmen wollte, daß auch bei einem derartigen Rechtsgeschäft die Mitwirkung zweier Vorstandsmitglieder erforderlich sei, so hätte das nicht zur Folge, daß das zweite Vorstandsmitglied auch bei der Verhandlung vom 10. März 1895 und der Unterzeichnung der Urkunde durch den Bekl. hätte anwesend sein müssen. Vielmehr genügte es, wenn ein weiteres Vorstandsmitglied die Bürgschaftserklärung des Bekl.

nachträglich entgegennahm. Dies ist aber zweifellos in der gemeinschaftlichen Sitzung des Vorstands und Aufsichtsrats vom 27. März 1895 geschehen.

Die Notwendigkeit der Mitwirkung zweier Vorstandsmitglieder bei Abschluß des Bürgschaftsvertrags bezw. bei Entgegennahme der Bürgschaftserklärung des Bekl. hätte aber auch nicht zur Folge, daß beide Vorstandsmitglieder sich eines arglistigen Verhaltens schuldig gemacht haben müssen, um die Betrugseinrede gegenüber der Klin. zu begründen. Denn es ist anerkannten Rechts, daß im Falle einer Kollektivvertretung der Vertretene die Arglist auch nur eines seiner Vertreter gegen sich gelten lassen muß, und daß es genügt, wenn nur in einem von ihnen die Voraussetzungen der Betrugseinrede gegeben sind[1]). Fällt daher dem E. ein Verhalten, das die Betrugseinrede gegenüber dem Klaganspruch begründet, zur Last, so kann dahingestellt bleiben, ob auch ein weiteres Vorstandsmitglied der kläg. Genossenschaft sich eines solchen Verhaltens schuldig gemacht hat.

Urteil des I. Civilsenats vom 11. Nov. 1902 i. S. Bendele g. Handwerkerbank Tuttlingen.

9.

Zur Auslegung des § 15 H.G.B.

Der Beklagte trat am 15. März 1901 in die offene Handelsgesellschaft N. W. u. Co. in St. als Teilhaber ein. Am 1. August 1901 löste sich die Gesellschaft auf und übernahm der bisherige Gesellschafter W. das Geschäft nebst Firma allein. Diese Tatsachen wurden am 6. Mai und 16. August 1901 in das Handelsregister des Amtsgerichts zu St. eingetragen, auch im Reichsanzeiger und im Zentralblatt für gerichtliche Bekanntmachungen, und zwar die Auf-

1) Vgl. Staub, Komm. z. H.G.B. 5 Aufl. Art. 41 § 6; Art. 115 § 2 a; Jurist. Wochenschrift 1887 S. 191; 1893 S. 429; 1899 S. 47; Bolze 1 Nr. 1186; 4 Nr. 807; 7 Nr. 351; 16 Nr. 231; Reichsgericht in Seuff. Archiv 40 S. 398; 49 S. 188.

lösung der Gesellschaft unterm 24. bezw. 21. August 1901, veröffentlicht. Der Teilhaber der klagenden Firma A. M. schloß durch Verhandlungen, die am 29. Oktober und 21. November 1901 im Geschäftsraum der Firma W. u. Co. mit W. und im Beisein des Beklagten stattfanden, ein Holzlieferungsgeschäft mit der Firma N. W. u. Co. ab, auf welche auch demnächst die Rechnung ausgestellt wurde. Die Klägerin, welche von ihrer aus dem Holzgeschäft herrührenden Forderung von 2982,35 Mark von der Firma N. W. u. Co. nur 30% beitreiben konnte, beanspruchte den Rest mit Klage von dem Beklagten, dessen Zahlungsverpflichtung sie durch die Behauptungen begründete: der Beklagte habe mit W. gemeinsam das Geschäft mit ihr abgeschlossen; sie selbst habe überdies zur Zeit des Geschäftsabschlusses den Austritt des Beklagten aus der Firma N. W. u. Co. nicht gekannt und nicht kennen müssen und der Beklagte habe durch Verschweigen seines Austritts bei den Verhandlungen in schuldhafter Weise sie zum Abschlusse des Geschäfts verführt. Die Klage ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden. Aus den

Gründen:

Nach § 15 Abs. 2 H.G.B. liegt der Klägerin der Beweis ob, daß sie die im Handelsregister eingetragene und ordnungsmäßig durch den Reichsanzeiger bekannt gemachte Tatsache des Wiederaustritts des Bekl. nicht gekannt hat und nicht kennen mußte. Beklagter hat im Berufungsverfahren ausdrücklich bestritten, daß Klägerin am 29. Oktober 1901 keine Kenntnis von seinem Wiederaustritt gehabt habe; im landgerichtlichen Verfahren hat er sich über die einschlägige Behauptung der Klägerin nicht geäußert, in diesem Schweigen des Beklagten lag keinenfalls ein Geständnis im Sinn des § 288 C.P.O., Beklagter ist daher nicht gehindert, jene Behauptung jetzt zu bestreiten, Klägerin aber hat einen Beweis für ihre Unkenntnis vom Wiederaustritt des Beklagten aus der Firma W. u. Co. nicht angetreten, obwohl Beklagter sie ausdrücklich darauf hingewiesen hat, daß sie in dieser Richtung beweispflichtig sei; sie hat sich auf den Standpunkt gestellt, sie habe

ihrer Darlegungs- und Beweispflicht damit genügt, wenn sie nachweise, daß sie mit W. und dem Beklagten gemeinschaftlich den Vertrag abgeschlossen habe.

Ist aber davon auszugehen, daß Klägerin zur Zeit, als sie das in Frage stehende Geschäft mit der Firma W. u. Co. abschloß, gewußt hat, daß der Beklagte aus der Firma wieder ausgetreten war, so ist natürlich keine Rede davon, daß Beklagter auf Grund des zwischen der Klägerin und der Firma W. geschlossenen Vertrags auf Bezahlung des Kaufpreises in Anspruch genommen werden könnte, wie wenn er noch Teilhaber der Firma gewesen wäre.

Sollte aber je Klägerin am 29. Oktober 1901 keine Kenntnis vom Wiederaustritt des Beklagten aus der Firma W. u. Co. gehabt haben, so wäre doch die erhobene Klage als Klage aus dem mit der Firma W. u. Co. geschlossenen Vertrag unbegründet. Denn in Ermanglung von Anhaltspunkten für das Gegenteil ist davon auszugehen, daß Klägerin jene Tatsache kennen mußte, d. h. daß ihre etwaige Unkenntnis auf Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt beruht hat. Jeder Kaufmann weiß (oder muß wissen), daß alle Handelsregistereinträge im Reichsanzeiger veröffentlicht werden; er muß daher diese Veröffentlichungen lesen und sich bezüglich der Firmen, mit denen er in geschäftlichem Verkehr steht, die einschlägigen Veröffentlichungen merken; unterläßt er dies, so geschieht es auf eigene Gefahr, d. h. er muß die betreffenden Tatsachen gemäß § 15 H.G.B. gegen sich gelten lassen. Würde man diesen Grundsatz nicht anerkennen, so wäre — wie Bekl. mit Recht bemerkt hat — die Vorschrift des § 15 Abs. 2 H.G.B. im wesentlichen illusorisch. Es hat denn auch eine Entscheidung des Reichsgerichts [1]) in Uebereinstimmung hiemit ausgesprochen: ein Kaufmann könne seine Unkenntnis von einer im Handelsregister eingetragenen und ordnungsmäßig bekannt gemachten Firmenänderung nicht damit entschuldigen, daß er

1) Bei Seuffert 47 Nr. 211.

kein Zirkular erhalten habe (was auch Klägerin zu ihrer Entschuldigung anzuführen versucht hat)[1]).

Mußte aber Klägerin am 29. Oktober 1901 den Wiederaustritt des Beklagten aus der Firma W. u. Co. kennen, so muß sie diese Tatsache gegen sich gelten lassen und kann den Beklagten nicht als Vertragsgegner in Anspruch nehmen. W. und der Beklagte hatten auch keineswegs unter allen Umständen die Verpflichtung, bei Abschluß des mehrerwähnten Geschäfts die Klägerin darauf aufmerksam zu machen, daß Beklagter nicht mehr Gesellschafter W.s sei, sie durften vielmehr zunächst davon ausgehen, Klägerin habe hievon Kenntnis.

Klägerin will eine vertragsmäßige Haftung des Beklaten für Bezahlung des in Frage kommenden Kaufpreises darauf stützen, daß Beklagter gemeinschaftlich mit W. das Geschäft abgeschlossen, die Bestellung gemacht habe. Das ist verfehlt. Denn es ist außer Streit, daß Klägerin nur mit der Firma W. u. Co. ein Geschäft abschließen wollte und nach dem unbestrittenen Inhalt der einschlägigen Faktura auch abgeschlossen hat. Beklagter würde ihr daher als Vertragsgegner nur haften, wenn er sich als Teilhaber der Firma W. u. Co. behandeln lassen müßte — was aber eben, wie gezeigt, nicht der Fall ist. Hat Klägerin — wie nach dem oben Ausgeführten zu unterstellen ist — gewußt oder auch nur wissen müssen, daß Beklagter aus der Firma W. u. Co. ausgeschieden war, so kann keine Rede davon sein, daß sie den Vertrag auch mit ihm abgeschlossen hat, der ja nur zwischen ihr und der Firma W. u. Co. geschlossen worden ist. (Es wird sodann noch ausgeführt, daß eine arglistige Handlungsweise des Beklagten nicht nachgewiesen ist).

Urteil des I. Civilsenats vom 28. November 1902 i. S.

---

1) Vgl. auch Staub, Kom. z. H.G.B. Anm. 6 zu § 15; Thöl, H.R. 6. Aufl. § 54 VII B. 4 S. 185, Seuffert 50 Nr. 187; sowie arg. § 367 H.G.B.

Strubel g. Messerschmitt.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

10.

Zur Auslegung des § 892 B.G.B.

Die Kl. sind Eigentümer des Hauses Dobelstr. 18 in St. und der dazu gehörigen, als Garten benützten Parzelle 3036, die Bekl. ist Eigentümerin des Hauses Sonnenbergstr. 10 daselbst nebst Parzelle 3034/3. Diese Grundstücke sind so gelegen, daß die Parzellen 3036 und 3034/3 aneinandergrenzen. Gegenstand des Streites der Parteien war eine an der Grenze dieser Parzellen gelegene, schmale Grundstücksfläche im Meßgehalt von 70 Quadratmeter. Diese Fläche ist jetzt gegen das tiefer gelegene kläg. Grundstück Parzelle 3036 durch eine 2 Meter hohe Mauer und einen auf dieser errichteten Zaun abgegrenzt, der mit der Umzäunung des Grundstücks der Bekl. zusammenhängt, so daß jene Fläche als zu dem letzteren Grundstücke gehörig erscheint; sie wird auch von der Bekl. als Teil ihres Gartens betrachtet und benützt. Die Kl. aber haben behauptet, sie seien Eigentümer des streitigen Streifens und verlangen von der Bekl. dessen Herausgabe, wogegen die Bekl. das Eigentum der Kl. bestritten und die Herausgabe verweigert hat.

Der Meßgehalt der Parzelle 3036 in ihrem jetzigen, durch die Mauer begrenzten Umfange beträgt nach der Messung des Sachverständigen 1 Ar 86 Quadratmeter. Im Grundbuche der Stadt St. sind die Kl. als Eigentümer der Parzelle 3036, die Bekl. als Eigentümerin der Parzelle 3034/3, und die Meßgehalte dieser Parzellen mit den aus den Meßurkunden entnommenen Ziffern (2 Ar 51 Quadratmeter und 4 Ar 59 Quadratmeter) eingetragen.

Aus den

Gründen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie die Kl. meinen,

die Angaben im Kataster und in den Meßurkunden über das Flächenmaß eines Grundstückes als Inhalt des Grundbuchs zu gelten haben. Denn im vorliegenden Falle handelt es sich nicht darum, daß Zweifel über den Meßgehalt des kläg. Grundstückes durch die Eintragung im Grundbuch beseitigt werden sollen. Vielmehr besteht nur darüber Streit, ob die Kl. Eigentümer der ganzen Parzelle No. 3036, einschließlich der zweifellos zu dieser Parzelle gehörigen, den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Fläche, geworden sind, oder ob dieser Teil der Parzelle ihnen nicht übergeben worden und daher nicht in ihr Eigentum übergegangen ist. Dieser Streit aber wird allerdings durch die Eintragung im Grundbuch bis zum Beweis des Gegenteils zu Gunsten der Kl. entschieden: denn da sie als Eigentümer der „Parzelle No. 3036" eingetragen sind, ist zu vermuten, daß ihnen das eingetragene Recht, d. h. das Eigentum an der ganzen genannten Parzelle, mithin auch an der einen Teil derselben bildenden streitigen Fläche, zustehe.

Urteil des I. Civilsenats vom 3. April 1903 i. S. Scheu g. Schiele.

11.

Fortbestand des Pfandrechts an gewillkürter Zubehör eines Grundstücks unter der Herrschaft des B.G.B.?

Im Gegensatz zu der in Band 14 S. 141 ff. abgedruckten Entscheidung des II. Civilsenats hat sich der erste Civilsenat gegen diesen Fortbestand ausgesprochen aus folgenden

Gründen:

Es handelt sich um die Frage, ob — und bejahendenfalls in welchem Umfang — seit dem Inkrafttreten des B.G.B. eine Hypothek an sog. „gewillkürter" Zubehör besteht, d. h. an Sachen, die zufolge Vertrags der Beteiligten vor dem 1. Januar 1900 als Zubehör eines Grundstücks mit diesem zu Unterpfand gegeben worden sind. Der er-

kennende Senat ist der Ansicht, daß solche Sachen mit dem 1. Januar 1900, als dem Tag, an dem das Grundbuch in Württemberg als angelegt anzusehen war, aufgehört haben, Gegenstand der Hypothek zu sein[1]).

Art. 184 E.G. zum B.G.B. bestimmt: „Rechte mit denen eine Sache — zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. belastet ist, bleiben mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen, soweit sich nicht aus den Art. 192—195 ein Anderes ergibt". Art. 192 sodann besagt: „Ein zu der Zeit, da das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, an einem Grundstück bestehendes Pfandrecht gilt von dieser Zeit an als eine Hypothek, für welche die Erteilung eines Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist" (in Württemberg, falls ein Pfandschein ausgestellt ist, als Briefhypothek: Art. 214 A.G.).

Die Motive zu dem — dem Art. 192 entsprechenden Art. 112 E.G. zum B.G.B. führen zunächst in betreff der Generalhypotheken, die „in Ansehung ihres Bestands ebenso unangetastet bleiben, wie die sonstigen Hypotheken", aus, es sei zweifelhaft, ob auch nach dem Inkrafttreten des B.G.B. neu erworbene Grundstücke von einer vor 1. Januar 1900 bestehenden Generalhypothek umfaßt werden. Sodann sagen sie: „Bei Pfandrechten an Grundstücken würde die Regel des Art. 106" (jetzt 184) „Abs. 2, daß die Rechte an Sachen mit ihrem bisherigen Inhalt bestehen bleiben, zu erheblichen Uebelständen führen, sobald Pfandrechte des bisherigen Rechts mit Hypotheken des B.G.B. zusammentreffen". Es müsse deshalb „eine für die Mehrzahl der bestehenden Hy-

1) Vgl. über diese Streitfrage einerseits: Hirsch in Boschers Zeitschrift Bd. 42 S. 101, 165 und die von ihm angeführten Kommentare von Fischer-Henle und Scheerer; Hepp bei Boscher 43 S. 374 ff.; Planck B.G.B. Anm. 8 b. Abs. 2 S. 341 zu Art. 192 E.G.; R.G. 46 Nr. 45; 47 Nr. 50; 50 Nr. 16; wohl auch Habicht: Einwirkung (2. Aufl.) § 44 III. H, 1 S. 489; Niedner 2. Aufl. E.G. Anm. 7 a S. 409 zu Art. 192; — andererseits: Schelling bei Boscher Bd. 42 S. 161; Urt. des II. C.S. des O.L.G. in Rspr. d. O.L.G. 3. Nr. 76 d (= W.J.B. 14 S. 141).

potheken zutreffende Regel" aufgestellt werden, deren Korrektur in Berücksichtigung der partikularrechtlichen Verschiedenheiten den Landesgesetzen zu überlassen sei. „Diese Regel ist — dahin gefaßt, daß die bestehenden Hypotheken künftig als Normalhypotheken i. S. des B.G.B. beurteilt werden. — Unverkennbar wird durch eine solche Regelung in bestehende Rechte eingegriffen. Ein derartiger Eingriff — erscheint bei der Hypothek weniger bedenklich", weil deren Zweck „nur in geringem Maße und praktisch wenig fühlbar durch die Anpassung beeinträchtigt wird, auch eine drückende Erschwerung der Lage des Eigentümers und der sonstigen Realberechtigten nicht zu besorgen ist. Daß die Stellung des Eigentümers und der sonstigen Realberechtigten in mancher Hinsicht eine ungünstigere werden kann, z. B. durch die bei Anwendung des § 1065" (jetzt 1119) „B.G.B. eintretende höhere Zinsbelastung, soll nicht verkannt werden". Das Rangverhältnis der bestehenden Hypotheken werde durch die getroffene Regelung nicht berührt.

In der Begründung zu Art. 106 E.G. (= 184 E.G.) wird eine allgemeine Vorschrift des Inhalts abgelehnt, „daß der nach altem Recht zulässige, nach neuem Recht unzulässige Inhalt der bestehenden Rechte unberührt bleiben solle" und weiter bemerkt: es sei nicht ausgeschlossen, den Inhalt einzelner Rechte, insbesondere der Hypotheken, dem neuen Recht anzupassen; hiebei „lassen sich die Folgen der Anpassung, insbesondere der mit derselben verbundenen Eingriffe in bestehende Rechtsverhältnisse sicherer übersehen".

Außer Zweifel ist schon nach dem Wortlaut des Gesetzes, daß Art. 192 in betreff der „Pfandrechte" (an Grundstücken) eine Abweichung von der Regel des Art. 184 enthält, d. h. von der Regel, daß Rechte, womit eine Sache zu der Zeit belastet ist, da das Grundbuch als angelegt gilt, mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Rang bestehen bleiben. Außer Zweifel ist ferner, daß der Rang der fraglichen Pfandrechte nicht geändert ist und daß sie — in Württemberg — vom 1. Januar 1900 an

als Briefhypotheken i. S. des B.G.B. zu gelten haben. Es fragt sich aber, was damit gesagt ist, daß diese Pfandrechte als Briefhypotheken S. i. des B.G.B. zu gelten haben.

Mit der herrschenden, insbesondere auch vom Reichsgericht [1]) vertretenen Ansicht ist der Art. 192 E.G. dahin aufzufassen, daß sich Inhalt und Umfang eines am 1. Januar 1900 bestehenden Hypothekenrechts fortan nach dem Recht des B.G.B. bestimmt und nicht bloß, wie Schelling a. a. O. meint, „die begrifflichen, allgemeinen Grundsätze" des B.G.B. auf diese Pfandrechte Anwendung finden sollen, womit wenig gewonnen wäre. Wenn also einem Unterpfandsgläubiger am 1. Januar 1900 ein Grundstück ohne Zubehör verpfändet war, erweiterte sich sein Pfandrecht mit dem 1. Januar 1900 kraft Gesetzes dahin, daß es nunmehr auch die Zubehör des Grundstücks i. S. der §§ 97, 98 B.G.B. gemäß § 1120 B.G.B. mitumfaßte (so auch das angeführte Urt. des II. C.S.). Wie aber hienach ein am 1. Januar 1900 bestehendes Unterpfandsrecht von diesem Tag an alle Sachen umfaßt, auf die eine Hypothek des B.G.B. sich erstreckt, auch wenn sie bisher von der Hypothek nicht ergriffen waren, so folgt andererseits aus der Bestimmung, wonach sich Inhalt und Umfang der bestehenden Pfandrechte nunmehr nach dem B.G.B. richten, daß das Pfandrecht keine Sachen mehr umfassen kann, an denen eine Hypothek im Sinn des B.G.B. nicht möglich ist, wie dies bei den sog. gewillkürten Zubehörden zutrifft. Mit dem Wortlaut, Sinn und Zweck des Art. 192 E.G. scheint es nicht verträglich, ihn dahin zu verstehen: von der Anlegung des Grundbuchs an umfaßt ein bestehendes Unterpfandsrecht alle Sachen, auf die sich eine Hypothek im Sinn des B.G.B. erstreckt, daneben aber auch alle von einer Hypothek i. S. des B.G.B. nicht ergriffenen Sachen, auf die sich das Unterpfandsrecht nach dem bisherigen Recht (zufolge Vereinbarung der Parteien) erstreckt hat. Dieser Gedanke hätte in anderer Fassung ausgedrückt werden müssen, als sie Art. 192 E.G. hat.

Wenn R.G. 47 Nr. 15 entschieden hat: die bestehenden

1) R.G. Bd. 47 Nr. 50.

antichretischen (Nutzungs-) Pfandrechte des preußischen Rechts seien durch Art. 192 nicht berührt, so beruht dies auf der ausführlich begründeten Annahme, dieses Nutzungspfandrecht sei kein Pfandrecht i. S. des Art. 192, d. h. kein „nach Art einer Hypothek bestehendes“ Pfandrecht, sondern ein neben der Hypothek, dem „Pfandrecht“ des Art. 192 bestehendes selbständiges Recht[1]), die in Art. 192 getroffene Regelung des Umfangs der „Pfandrechte“ berühre daher die Frage nach dem Fortbestand der antichretischen Rechte überhaupt nicht. Das Unterpfandsrecht an gewillkürter Zubehör ist aber zweifellos ein nach Art einer Hypothek bestehendes Pfandrecht, in gleicher Weise wie das Pfandrecht an einer Zubehör i. S. der §§ 97, 98 B.G.B.

Mit Unrecht meint Schelling a. a. O., die Tatsache, daß die Begründung des Art. 112 E.G. die Frage aufwerfe, ob eine vor Inkrafttreten des B.G.B. nach Landesrecht entstandene Generalhypothek auch Grundstücke ergreife, die nach diesem Zeitpunkt vom Schuldner erworben werden, beweise, daß der Art. 112 (jetzt 192) nicht den im Vorstehenden festgestellten Sinn haben solle. Bei jener Frage handelt es sich darum, ob Grundstücke, also Sachen, die Gegenstand einer Hypothek sein können, unter Umständen auch nach dem 1. Januar 1900 kraft Gesetzes ohne weiteres zufolge des Erwerbs durch den Schuldner Gegenstand einer Hypothek werden können; bei der im vorliegenden Rechtsstreit zu entscheidenden Frage dagegen handelt es sich darum, ob Sachen, die nach dem Recht des B.G.B. überhaupt nicht Gegenstand einer Hypothek sein können, noch nach der Anlegung des Grundbuchs von einer Hypothek umfaßt sein können.

Versteht man den Art. 192 E.G. in dem im Vorstehenden dargelegten Sinn, so enthält er unstreitig einen Eingriff in bestehende, wohlerworbene Rechte. In der Tat weist aber auch schon Art. 184 E.G. darauf hin, daß die Art. 192—195

1) Vgl. hiezu auch Dernburg d. b. R. Bd. 3 — 1. Aufl. — § 234 Ziff. II. Note 3.

Bestimmungen enthalten, wonach Rechte, mit denen eine Sache bei Anlegung des Grundbuchs belastet war, nicht mit dem bisherigen Inhalt (und Rang) bestehen bleiben, daß also diese Artikel in bestehende Rechte eingreifen, wie dies auch in der oben angeführten Begründung des Art. 112 (und Art. 106) E.E.G. ausdrücklich hervorgehoben ist. Daß hiebei nur an eine Erweiterung, nicht auch an eine Beschränkung des Umfangs der bestehenden Rechte gedacht war, ist nicht ersichtlich und ist jedenfalls im Art. 192 nicht zum Ausdruck gekommen. Der Gesetzgeber hat sich nach jener Begründung damit beruhigt, daß ein solcher Eingriff in bestehende Rechte bei der Hypothek „weniger bedenklich" und „praktisch wenig fühlbar" sei. Ob das zutrifft, mag dahingestellt bleiben; am Inhalt des Gesetzes ändert der Umstand nichts, daß der Gesetzgeber die Folgen seines Vorgehens vielleicht nicht richtig erwogen oder nicht genügend übersehen hat. Der Gesetzgeber mag bei der in Art. 192 E.G. getroffenen Regelung an andere Fälle, als an den in Rede stehenden, gedacht und diesen Fall sich nicht vorgestellt haben: das ändert nichts daran, daß auch bezüglich der gewillkürten Zubehör der Art. 192 nach seinem Wortlaut und Sinn in den bis 1. Januar 1900 bestehenden Rechtszustand in der Weise eingreift, daß die betreffenden Sachen aus dem Pfandverband ausscheiden, — in gleicher Weise wie die dem Pächter zukommenden, vom Boden getrennten Früchte, soweit sie landesgesetzlich bis zur Anlegung des Grundbuchs vom Pfandverband umfaßt waren, mit diesem Zeitpunkt aus dem Pfandverband ausscheiden [1]). Daß betreffs der gewillkürten Zubehör der Eingriff in das bestehende Recht leicht einschneidender wirken wird, als bei den eben bezeichneten Früchten; kann keinen Grund abgeben, in das Gesetz eine darin keinen Anhaltspunkt findende, prinziplose Unterscheidung zwischen den verschiedenen, aus dem Grundsatz des Art. 192 E.G. sich ergebenden Eingriffen in bestehende Rechtsverhält-

1) Vgl. Habicht a. a. O. § 44 III. H. 1, Planck und Niedner a. a. O.

nisse hineinzutragen.

Uebrigens mag bemerkt werden: ist man, wie der II. Civilsenat a. a. O. und anscheinend auch Schelling[1]) der Ansicht, Waren und Materialien, die nach dem 1. Januar 1900 gefertigt und angeschafft sind und nach altem Recht als mitverpfändet anzusehen wären, werden vom 1. Januar 1900 an von einem fortbestehenden Pfandrecht an gewillkürter Zubehör nicht mitumfaßt, so hat ein solches Pfandrecht bald nach dem 1. Januar 1900 seine Bedeutung verloren, auch wenn man der Ansicht des II. Civilsenats folgt, daß das Pfandrecht an der am 1. Januar 1900 vorhandenen Zubehör fortbesteht: denn Waren und Materialien wechseln rasch in ihrem Bestand; soweit solche Sachen am 1. Januar 1900 zu Unterpfand bestellt waren, werden sie schon jetzt fast durchweg nicht mehr vorhanden, durch andere, gleichartige Sachen ersetzt sein, an denen dem Pfandgläubiger — nach der Annahme des II. Civilsenats — kein Pfandrecht zusteht; andere Zubehör — Maschinen u. drgl. — wird meist unter die §§ 97 u. 98 B.G.B. fallen, also auch nach dem Recht des B.G.B als mitverpfändet gelten. Im wirtschaftlichen Ergebnis gehen also die vom II. Civilsenat und die im Vorstehenden vertretene Ansicht nicht so sehr auseinander.

Allerdings teilt die nach dem B.G.B. mit einem Grundstück haftende Zubehör eben den Rang der (Grundstücks-) Hypothek, während das Unterpfandsrecht an (gewillkürter) Zubehör nach württ. Recht mit erstem Recht auch dann bestellt sein konnte, wenn das Unterpfandsrecht am Grundstück die dritte, vierte u. s. w. Stelle einnahm[2]). Allein eben aus dieser Bestimmung des württ. Rechts könnten sich, wenn das Unterpfandsrecht an Zubehör noch nach dem 1. Januar 1900 nach Maßgabe des bisherigen Rechts fortbestünde, unlösbare Verwicklungen ergeben. Wenn z. B. vor dem 1. Januar 1900 einem Gläubiger ein Landgut oder eine Fabrik mit erstem Recht zu Unterpfand bestellt worden ist, einem andern hier-

1) a. a. O. S. 164 unten.

2) Vgl. Lang, Sachenrecht Bd. 2 § 166 Note 63 Abs. 2.

auf das gleiche Gut oder die gleiche Fabrik mit zweitem Recht, gleichzeitig aber das Inventar des Guts oder die Maschinen der Fabrik als Zubehör mit erstem Recht, und wenn nun der erste Pfandgläubiger nach dem 1. Januar 1900, weil der Erlös aus dem verpfändeten Grundstück zu seiner Deckung nicht ausreicht, sich an den Erlös aus dem Gutsinventar oder aus den Maschinen halten will, so kann er sich dafür, daß dieses Inventar, diese Maschinen von seiner ersten Hypothek umfaßt werden, auf Art. 192 E.G. in Verbindung mit den §§ 1120, 97, 98 B.G.B. berufen; der zweite Pfandgläubiger aber könnte von dem in dem Urteil des II. Civilsenats vertretenen Standpunkt aus geltend machen: ihm sei diese Zubehör mit erstem Recht zu Unterpfand bestellt, dieses Unterpfand sei mit seinem alten Rang bestehen geblieben, und es wäre schwierig, zu entscheiden, welcher Gläubiger Recht hat. Von dem im gegenwärtigen Urteil vertretenen Standpunkt aus dagegen wäre zu sagen: ein Unterpfandsrecht (eine Hypothek) an dem Gutsinventar, den Maschinen als Pfandrecht mit besonderem Rang neben der Hypothek an dem betreffenden Grundstück gibt es nicht mehr; diese Sachen haften vielmehr als Grundstückszubehör kraft Gesetzes in erster Linie dem ersten, in zweiter Linie dem zweiten Hypothekargläubiger. Eben derartige Kollisionen zweier Rechte zu verhüten, wie sie vom Standpunkt der hier bekämpften Ansicht aus möglich wären, ist der Zweck des Art. 192 E.G., wie dessen Begründung ergibt. Die Fragen ferner, ob auch betreffs gewillkürter Zubehör gemäß § 865 Abs. 2 C.P.O. eine Pfändung ausgeschlossen ist und ob die Zwangsversteigerung eines Grundstücks auch die mitverpfändete gewillkürte Zubehör (Warenlager u. drgl.) umfaßt, könnten Schwierigkeiten bereiten[1]), die bei der hier vertretenen Ansicht wegfallen.

Nach dem Ausgeführten ist das vom Klr. beanspruchte Hypothekenrecht an den in Rede stehenden Sachen nicht begründet, weil eine Hypothek an sog. gewillkürter Zubehör

1) Vgl. Hepp in Boscher Zeitschr. Bd. 43 S. 374 ff.

seit 1. Januar 1900 nicht mehr bestehen kann.

Urteil des I. Civilsenats vom 27. Februar 1903 i. S. Nördlinger g. Lämmle.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden, ohne daß aber das Reichsgericht die streitige Frage unmittelbar entschieden hat; es heißt in dem Reichsgerichtsurteil[1]): Da der Klr. den Erlös für die Vorräte und Waren, die der Gemeinschuldner vor dem 1. Januar 1900 erworben hatte, erhalten hat, steht nur die Frage zur Entscheidung, ob die später erworbenen Sachen — für die Hypothek des Kl. haften. Diese Frage muß mit dem Berufungsrichter verneint werden". In den Gründen heißt es u. a. noch: „Wenn selbst, was — wie schon bemerkt — dahingestellt bleiben kann, anzunehmen sein sollte, daß die zur Zeit des Inkrafttretens des Liegenschaftsrechts in der als Unterpfand bestellten Sachgesamtheit schon enthalten gewesenen Sachen, denen die Zubehöreigenschaft im Sinn des B.G.B. nicht zukommt, in der hypothekarischen Mitverhaftung geblieben seien, so würde doch die Annahme der Mitverhaftung der später vom Schuldner hinzuerworbenen Sachen ausgeschlossen sein". Auch der von Hirsch bei Boscher 46 S. 20 aus dieser Reichsgerichtsentscheidung angeführte Satz besagt nichts anderes.

12.

Ist die Zwangsversteigerung von Grundstücken zulässig, an denen dem Vater des Eigentümers das lebenslängliche statutarische Nutznießungsrecht zusteht?

Die Zulässigkeit ist bejaht worden aus folgenden

Gründen:

Die Frage, ob das statutarische (lebenslängliche) Nutznießungsrecht des Vaters an Grundstücken eines Kindes ein deren Veräußerung hinderndes Recht (i. S. des § 771 C.P.O.) darstellt, ist nach dem jetzt geltenden Recht zu verneinen. Dabei mag vorausgeschickt werden, daß zur Zwangsvoll-

1) Vgl. R.G. 55 Nr. 68.

streckung in solches Kindsvermögen ein vollstreckbarer Titel gegen das Kind genügt, vgl. § 746 C.P.O., der nach richtiger Ansicht auch auf Kindsvermögen Anwendung findet, das statutarischer elterlicher Nutznießung unterliegt; aber auch nach früherem Recht galt das Gleiche.

1) Der statutarische Nießbrauch des württ. Rechts ist kein Ausfluß des „Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern" sondern eine erbrechtliche Wirkung des Güterstands: Art. 262 A.G. B.G.B.; der Art. 203 E.G. B.G.B. findet daher auf das dieser Nutznießung unterliegende Kindsvermögen keine Anwendung, vielmehr sind nach dem in Art. 200 Abs. 1 E.G. B.G.B. zum Ausdruck gelangten Grundsatz die güterrechtlichen Wirkungen einer zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bereits aufgelösten Ehe, wie der des Kl., und somit auch die auf eine solche Ehe gegründete statutarische Nutznießung nach den bis 1. Januar 1900 geltenden Gesetzen zu beurteilen[1]). Dem Kl. steht daher in betreff der zur Zwangsversteigerung verstellten Grundstücksanteile des G. W. die lebenslängliche Nutznießung und Verwaltung zu, was auch Bekl. an sich nicht in Abrede zieht.

2) Dieser Senat hat in den beiden von der Civilkammer angeführten, in Sachen derselben Parteien ergangenen Urteile[2]) ausgesprochen: eine ohne Vorbehalt des väterlichen Nutznießungs- und Verwaltungsrechts erfolgende Zwangsvollstreckung in das dieser Nutznießung und Verwaltung unterliegende Kindsvermögen sei unstatthaft; hieran ist festzuhalten. Wie es sich aber verhält, wenn diese Rechte durch die Zwangsvollstreckung nicht berührt werden, darüber ist nicht entschieden worden.

3) Ein Recht, das durch die Zwangsvollstreckung nicht berührt wird; vielmehr trotz deren Durchführung in gleicher Weise wie vorher bestehen bleibt, ist kein „die Veräußerung hinderndes Recht am Gegenstand der Zwangsvollstreckung"

1) Vgl. Planck B.G.B. Anm. 2 zu Art. 200 E.G.

2) W.J.B. 9 S. 343 ff. und 12 S. 226 ff.

i. S. des § 771 C.P.O.[1]).

4) Das statutarische Nutznießungsrecht des Kl. ist, wie dies die Grundbuchverfügung vom 2. Sept. 1899 (A.Bl. S. 101) § 77 Abs. 3 empfiehlt, im Grundbuch eingetragen. Dieses Recht ist also nach § 45 Zw.V.G. „bei der Feststellung des geringsten Gebots nach dem Inhalt des Grundbuchs" d. h. mit dem aus dem Eintrag ersichtlichen Inhalt „zu berücksichtigen". Nach § 52 des genannten Gesetzes bleibt ein Recht insoweit bestehen, als es bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt und nicht durch Zahlung zu decken ist. Nach § 49 a. a. O. ist von dem Ersteher bar zu berichtigen: der zur Deckung der Kosten und der in § 10 Ziffer 1—3 und § 12 Ziffer 1 und 2 des Ges. bezeichneten Ansprüche (die im vorliegenden Fall nicht in Betracht kommen) bestimmte Teil des geringsten Gebots und der das geringste Gebot übersteigende Teil des Meistgebots. Es bleiben also bestehen die dem Anspruch des betreibenden Gläubigers vorgehenden (§ 44 a. a. O.) in das geringste Gebot aufgenommenen Rechte. Ein solches Recht ist ohne Frage — gegenüber den Ansprüchen des Bekl.[2]), wegen deren er die Zwangsvollstreckung betreibt — das im Grundbuch eingetragene statutarische Nutznießungsrecht des Klägers. Es bleibt also bei der auf Betreiben des Bekl. eingeleiteten Zwangsversteigerung der Grundstücksanteile des G. W. bestehen (wofern nicht Kl. in eine abweichende Regelung der Sache einwilligt: § 59 Zw.V.G.).

5) Kl. hält die §§ 45, 52. Zw.V.G. auf den vorliegenden Fall für nicht anwendbar, weil sie Rechte voraussetzen, die a) zahlenmäßig berücksichtigt werden können, b) „als Spezialrechte an dem Grundstück bestehen, nicht als Generalrechte am ganzen Vermögen des Grundstückseigentümers", c) „nach ihrer Bedeutung und ihrem Wesen durch die Versteige-

1) Vgl. z. B. Gaupp-Stein Anm. II, 1, vor a und in lit. a zu § 771; Wolff Zw.Verst.Ges. Anm. 6 letzter Abs. zu § 9.

2) Es waren dies persönliche, nicht hypothekarisch gesicherte Forderungen.

rung an einen dritten nicht beeinträchtigt werden" — was alles bei dem in Frage stehenden statutarischen Nutznießungs- und Verwaltungsrecht nicht zutreffe.

Allein zu a): zweifellos können zu den bestehen bleibenden Rechten Grunddienstbarkeiten und ein Nießbrauch gehören (vgl. § 9 E.G. zum Zw.V.G.)[1]); diese Rechte stehen aber, was die Möglichkeit ihrer zahlenmäßigen Berücksichtigung anlangt, dem statutarischen Nutznießungs- und Verwaltungsrecht gleich. Zu b): es ist unerfindlich, warum ein Unterschied bestehen soll zwischen Rechten, die auf einzelne Grundstücke beschränkt sind, und Rechten am ganzen Vermögen des Grundstückseigentümers, sofern sich letztere eben als Rechte an dem zur Zwangsversteigerung stehenden Grundstück geltend machen: wer z. B. das Recht des Nießbrauchs am ganzen Vermögen eines dritten hat, hat damit auch (bei gehöriger Bestellung: § 1085 B.G.B.) den Nießbrauch an den einzelnen Grundstücken des dritten: dieser Nießbrauch steht der Zwangsversteigerung eines einzelnen dieser Grundstücke nicht **deshalb** entgegen, weil er sich auch auf das sonstige Vermögen des Schuldners erstreckt; er bleibt aber, falls er dem Recht des betreibenden Gläubigers vorgeht, trotz der Zwangsversteigerung bestehen[2]): Zu c) es ist eben die Frage, **ob** das Recht des Kl. durch die Zwangsversteigerung irgendwie berührt wird; ist dies nicht der Fall, so steht es ihr nicht entgegen.

6) Schon aus dem Bisherigen folgt, daß als **Nutznießungs**recht das Recht des Kl. der Zwangsvollstreckung in die Grundstücksanteile des G. W. nicht entgegensteht; der zu statutarischer Nutznießung berechtigte Vater muß sich ja auch die freihändige Veräußerung und die Verpfändung der betreffenden Grundstücke durch seinen volljährigen nicht mehr in seiner Gewalt stehenden Sohn — vorbehältlich seines Nutznießungsrechts — gefallen lassen: L.R. IV. 15 § 3

1) und hiezu **Wolff**, Komm. zum Zw.Verst.Ges. Anm. 2 e und 3 zu diesem §.

2) Vgl. **Wolff** a. a. O. Anm. 6 Abs. 5 S. 28.

a. E.; § 119 der Hauptinstr. zum P.G.

7) Aber auch das Verwaltungsrecht des Kl. wird durch die eingeleitete Zwangsversteigerung nicht beeinträchtigt und steht ihr daher nicht entgegen.

Dieses Verwaltungsrecht ist nicht ein selbständig neben dem Nutznießungsrecht des Vaters bestehendes Recht, sondern das „statutarische" Nutznießungsrecht ist eben in Württemberg gegenüber dem römisch-rechtlichen usus fructus insofern eigentümlich gestaltet, als es auch das Verwaltungsrecht in sich schließt[1]); demgemäß versteht auch Art. 262 A.G. B.G.B. unter dem „Anspruch der lebenslänglichen (statutarischen) Nutznießung, entsprechend den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen" das Verwaltungsrecht des überlebenden Ehegatten mit. Das Nutznießungsrecht des Kl. bleibt also bei Durchführung der eingeleiteten Zwangsversteigerung mit dem aus dem Grundbuch ersichtlichen Inhalt, also mit dem Verwaltungsrecht des Kl. bestehen, weil aus dem Grundbuch ersichtlich ist, daß es ein statutarisches Nutznießungsrecht ist, also das Verwaltungsrecht mitumfaßt.

8) Die Rechte des Kl. werden somit bei Durchführung der eingeleiteten Zwangsvollstreckung, wenn dem Gesetz gemäß verfahren wird, in keiner Weise berührt; sie stehen daher der Zwangsversteigerung nicht im Weg. Es ist auch nicht einzusehen, warum das Gegenteil der Fall sein sollte, während doch der Sohn selbst, der Schuldner des Bekl., die Grundstücke nach L.R. IV, 15 § 3 a. E. „ohngeschmälert des Nüssers Gerechtigkeit" — d. h. Nutznießungs- und Verwaltungsrecht — veräußern könnte.

Der Erwerber erlangt durch den Zuschlag eben das nackte Eigentum an den Grundstücken, dem Kläger verbleiben daran auch nach dem Zuschlag seine bisherigen Rechte. Ob sich unter diesen Umständen ein Käufer findet und ob

1) Mandry, Württ.Pr.R. § 47 II. A. 1, d. S. 226 (vgl. für das ehemännliche Nutznießungsrecht des Märkischen Provinzialrechts die Entscheidung des Kammergerichts im Preuß. Just.Min.Bl. 1893 S. 278 Ziff. 1.)

ein derartiger Verkauf nicht für die Interessen des Schuldners und Eigentümers sehr nachteilig ist, sind Fragen, die für die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreits ohne Bedeutung sind.

Urteil des I. Civilsenats vom 15. Januar 1904 i. S. Lutz gegen Walter.

13.

Zu §§ 323, 767 C.P.O.

Am 30. April 1900 ist die erste Frau des Bekl. Sch. infolge eines Unfalles gestorben. Auf Klage des Sch. ist K. S. durch Berufungsurteil des II. Civilsenates vom 4. Juli 1901 auf Grund der §§ 823 und 845 des B.G.B. verpflichtet worden, dem Sch. auf die Dauer von 22 Jahren eine jährliche Geldrente von 150 M., vorauszahlbar je für 3 Monate, zu entrichten; das Urteil ist rechtskräftig geworden.

Nachdem Sch. am 27. Juli 1901 sich wieder verehelicht hatte, hat K. S. mit seiner am 14. Dezember 1901 erhobenen Klage beantragt, festzustellen, daß er vom 27. Juli 1901 an nicht mehr schuldig sei, dem Bekl. Sch. die Rente zu bezahlen. Dem Klagantrag ist zum Teil entsprochen worden.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Aus dem Tatbestand ergibt sich, daß für die Klage die in § 323 Abs. 2 der C.P.O. bestimmten Voraussetzungen der Zulässigkeit zutreffen.

Sofern aber der Kl. geltend macht, daß seine Rentenzahlungspflicht schon mit dem Tag der Wiederverehelichung des Bekl., 27. Juli 1901 (nicht erst vom Tag der Klagerhebung — 14. Dezember 1901 — an) erloschen sei, kommt in Betracht:

Der § 767 der C.P.O. ist von durchaus prozessualer Bedeutung und setzt voraus, daß nach bürgerlichem Recht

Einwendungen gegen den durch Urteil festgestellten Anspruch begründet seien. Die durch die Wiederverehelichung des Sch. bewirkte Aenderung der Verhältnisse konnte aber nicht ohne weiteres die Folge haben, daß dessen in Rede stehender Anspruch als getilgt oder entkräftet anzusehen wäre. Schon bei Anwendung des Reichshaftpflichtgesetzes § 7 Abs. 2 ist die Rechtsprechung insbesondere des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts davon ausgegangen, daß eine Aenderung der Rentenzahlungspflicht durch Aenderung der maßgebenden Verhältnisse nicht von selbst eintrete, sondern nur für die Zukunft gefordert werden könne[1]).

Dieser Anschauung ist der I. Entwurf B.G.B. § 724 Abs. 6 gefolgt, indem er bei Aenderung der für die Verurteilung maßgebenden Verhältnisse eine Aenderung des früheren Urteils nur „für die Zeit seit der Erhebung der auf die Abänderung gerichteten Klage für zulässig" erklärte, was in den Motiven, Bd. II, S. 790 dadurch gerechtfertigt wird, daß es sich nur um ein abänderndes Urteil konstitutiver Natur handeln könnte.

Die Kommission für die zweite Lesung hat, ohne die vorgenannte materiell-rechtliche Auffassung zu beanstanden, die in dem ersten Entwurf vorgesehene Bestimmung als ersetzt angenommen durch die für die C.P.O. § 293 b (jetzt 323) vorgesehene allgemeine Bestimmung[2]). Eine andere Auffassung ist auch in der Begründung der Novelle zur C.P.O. (S. 108) nicht hervorgetreten[3]). Hieraus ergibt sich zunächst, daß gemäß § 323 Abs. 3 der C.P.O. die Klage bezüglich der für die Zeit vor der Klagerhebung zu bezahlenden Rente abzuweisen ist.

Sofern sich die Klage auf die Zeit nach der Klagerhebung bezieht, kommt in Betracht:

1) Vgl. Entscheidungen des R.O.Handelsgerichts Bd. 24, S. 369 und 370, des R.G. Bd. 17, S. 24, auch R.G. Entsch. vom 28. Januar 1880 in Seuffert's Archiv 35 Nro. 213.

2) Vgl. Kommissions-Protokolle II, S. 625 VI. 660/61.

3) Vgl. auch Seuffert's Archiv Bd. 55 Nro. 242.

Die Wiederverehelichung eines Witwers, welchem Schadensersatzrente gemäß B.G.B. § 845 wegen entgangener Dienste der getöteten Frau zugesprochen ist, bringt nicht unbedingt eine wesentliche Aenderung derjenigen Verhältnisse mit sich, welche für die Verurteilung zur Rentenzahlung maßgebend waren (C.P.O. § 323 Abs. 1), sondern es ist zu prüfen, ob die entgangenen Dienste in vollem Maß von der zweiten Frau geleistet werden können und geleistet werden[1]).

Für diejenige Zeit aber, in welcher die zweite Frau des Bekl. die häusliche Gemeinschaft mit ihm verweigert hat, ist der in Rede stehende, dem Bekl. durch den Tod der ersten Frau entstandene Schaden nicht gehoben, der Klagantrag also nicht begründet, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Bekl. Lohnauslagen für eine in der Haushaltung Dienste leistende Person zu machen hatte oder nicht.

Das Vorbringen des Kl., daß die Frau des Bekl. infolge einer Mißhandlung durch denselben sich von ihm entfernt habe, ist nicht als erwiesen anzusehen.

Die Erwägung, daß die Frau gemäß B.G.B. § 1353 Abs. 1, 1356 dem Mann zu ehelicher Lebensgemeinschaft und zur Tätigkeit im Hauswesen verpflichtet sei, könnte gegenüber dem Umstand, daß dem Bekl. die zu ersetzenden Dienste der ersten Frau tatsächlich nicht geleistet worden sind, nicht ins Gewicht fallen, zumal da dem Bekl. kein gesetzliches Mittel zustände, die Frau zur Rückkehr zu zwingen (C.P.O. § 888 Abs. 2).

Ob der Bekl. seine zweite Frau zu der Eheschließung durch die Versicherung bestimmt hat, daß die Schadensrente weiter bezahlt werde, und ob Bekl. solche Zusicherung rechtsirrtümlich gegeben hat, ist nicht erheblich. Denn so lange die Frau nicht eine Nichtigerklärung der Ehe durch Anfech-

1) Vgl. die auf den Ersatzanspruch einer Witwe sich beziehenden, aber auf vorliegenden Fall entsprechend anwendbaren Reichsger.-Entsch. vom 24. März 1896 und 12. Februar 1902, Jur. Wochenschr. 1896, S. 272, 1902 S. 212; ferner Entsch. des R.O.H.G. Bd. 22 Nro. 83, Bd. 24 Nro. 96.

tungsklage bewirkt, sind die genannten Umstände auf die Wirkung der geschlossenen Ehe ohne Einfluß (vgl. insbesondere B.G.B. § 1353 Abs. 2 Satz 2).

Unerheblich ist ferner, ob die zweite Frau des Bekl. diesem erklärt hat, sie werde nicht bei ihm bleiben, wenn ihm die Rente entzogen würde, und ob sie zur Zeit willens ist, jene Erklärung zu verwirklichen, denn die Frau vermag ihre Entschließung in dieser Richtung jederzeit zu ändern.

Urteil des zweiten Civilsenats vom 16. April 1903 i. S. Schäfer g. Simon.

B. in Strafsachen.

1.

Inwieweit kommt der Schutz des § 193 St.G.B. den Aeußerungen zwecks Vorbereitung einer Strafanzeige zu statten?

Gründe:

Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Angeklagte auf Grund von Mitteilungen dritter den mit ihm verfeindeten Privatkläger im Verdacht gehabt, daß derselbe am 7. November 1902 in seinem Wald ein Reh gewildert und hernach in K. verkauft habe; er faßte den Entschluß, den Privatkläger hiewegen zur Anzeige zu bringen, wollte aber zuvor den ihm gutbekannten Taglöhner G. L. ausforschen, ob dieser nicht bei der Sache beteiligt sei. Am 10. November fragte er deshalb den G. L. in K.: „ob er vom Privatkläger einen Bock oder ein Reh heim habe, wenn ja, dann solle er es sagen, und wolle er (Angekl.) dann weiter nichts davon, wenn er aber keines heim habe, dann zeige er es gleich an". Ob der Angeklagte, wie G. L. bezeugte, noch weiter beisetzte: „seine Frau habe gesehen, wie Privatkläger aus seinem Reisachwagen einen Sack herausgezogen habe, ein Reh sei drinn' gewesen", ist im Urteil dahingestellt gelassen, aber ausgesprochen, daß dieser Beisatz jedenfalls als eine wider besseres Wissen gemachte Aeußerung anzusehen wäre. Das Berufungsgericht hat den Angeklagten von der Auklage eines Vergehens der Beleidigung freige-

sprochen, indem es die dem G. L. gegenüber getane Aeußerung im vollen Umfang unter den Schutz des § 193 St.G.B. stellte. Die Revision des Privatklägers rügt die Verletzung materiell rechtlicher Normen, nämlich der Bestimmungen des § 193 und des § 187 des St.G.B. und verlangt die Wiederherstellung des auf Strafe lautenden, vom Berufungsgericht aufgehobenen schöffengerichtlichen Urteils. Dem Rechtsmittel war ein Erfolg nicht zu versagen.

Mit der als erwiesen angenommenen Aeußerung des Angeklagten ist der Bezicht einer unberechtigten Jagdausübung über den Privatkläger ausgesprochen und damit an sich, nachdem der versuchte Wahrheitsbeweis nicht erbracht werden konnte, die Behauptung einer ehrenrührigen, nicht erweislich wahren Tatsache im Sinne des § 186 St.G.B. aufgestellt worden. Die trotzdem erfolgte Freisprechung ist auf die Feststellung gestützt, daß der Angeklagte mit der Aeußerung bezweckt habe, noch weitere tatsächliche Unterlagen für die gegen den Privatkläger geplante Strafanzeige zu bekommen und andererseits von G. L. zu erfahren, ob er diesen mit der Anzeige — was er nicht wollte — nicht etwa gefährde. Hiebei ist von der Erwägung ausgegangen, daß die Erstattung einer Strafanzeige wegen eines Vergehens ein allgemeines staatsbürgerliches Recht bilde, womit auch die weitere Nachforschung nach Verdachtsgründen gedeckt sei und daß soweit sich diese bloß auf die etwaige Beteiligung des Zeugen G. L. bezog, hiemit jedenfalls einer der „ähnlichen Fälle" des § 193 gegeben sei.

In diesen Ausführungen ist ein Rechtsirrtum nicht zu erkennen. Es ist ein anerkanntes, jedem Staatsbüger zustehendes Recht, von strafbaren Handlungen, welche er in Erfahrung bringt, auch wenn er nicht unmittelbar davon betroffen wird oder eine besondere Anzeigepflicht ihm nicht obliegt, zum Zweck der Verfolgung bei der zuständigen Behörde Anzeige zu machen, und eine in gutem Glauben an die Richtigkeit derselben erstattete Anzeige erscheint als zur Ausführung eines Rechts gemacht, genießt somit den Schutz

des § 193 St.G.B. Derselbe Schutz wird auch demjenigen zugebilligt, welcher lediglich beabsichtigt, sich über einen Vorgang nähere Aufklärung bei dritten zu verschaffen, um eine Anzeige bei der zuständigen Behörde vorzubereiten, vgl. Olshausen zu § 193 Note 6[b], Oppenhoff No. 14, 18, Stenglein No. 12, Rechtspr. R.G. Band 8 S. 108. In letzterem Fall ist aber zu verlangen, daß die einen Angriff auf die Ehre des andern enthaltende Nachforschung nach der konkreten Sachlage ausschließlich die nähere Vorbereitung der Strafanzeige bezweckte, da in solchen Fällen nur das Anzeigerecht gegenüber dem Recht auf Schutz gegen üble Nachrede als ein vorgehendes anzuerkennen ist und andernfalls einer Schutzlosigkeit der Ehre des Nächsten, wie sie vom Gesetz nicht beabsichtigt sein kann, Tür und Tor geöffnet würde. Vorliegend ist eine solche auf Vorbereitung der beabsichtigten Strafanzeige gerichtete Absicht auf Seite des Angeklagten vom Berufungsgericht tatsächlich festgestellt und dieselbe erfaßt an sich auch die damit verknüpfte Nachfrage über eine Beteiligung des angeredeten Zeugen G. L., da von deren Ausfall gerade die Erstattung der Anzeige bei Gericht vom Angeklagten abhängig gemacht werden wollte. Jedenfalls konnte der Vorrichter diesen Teil der Nachfrage ohne Rechtsirrtum in den Bereich der im § 193 den dort besonders hervorgehobenen Kategorien gleichgestellten „ähnlichen Fälle“ einbeziehen, da er unverkennbar in der Linie und im Geist der ersteren liegt.

Hat aber der Angeklagte hienach bei seiner an den Zeugen G. L. gestellten Anfrage in Ausführung eines Rechtes gehandelt, so wird die Straflosigkeit seiner Aeußerung im Sinn des § 193 dadurch noch nicht aufgehoben, daß er nebenher aus einem unlauteren Beweggrund, nemlich aus seiner feindseligen Gesinnung gegen den Privatkläger zur Erstattung der Strafanzeige und zur sachgemäßen Vorbereitung derselben sich entschlossen hat. Denn ob ausschließlich das allgemeine Interesse an der gerichtlichen Verfolgung strafbarer Handlungen oder daneben auch eine gewisse Schaden-

freude und Rachsucht das Motiv gebildet hat, von welchem mitgeleitet der einzelne von seinem [Anzeigerecht Gebrauch machen will, ist für die Anwendbarkeit des § 193 nicht entscheidend, sofern nur die Anzeige, also die Ausführung eines Rechts der wirkliche Zweck des Handelns war und nicht etwa jenes selbstsüchtige, auf Beleidigung des andern abzielende Motiv. Die Entscheidung hierüber liegt auf tatsächlichem Gebiet und ist vorliegend vom Vorrichter dahin getroffen worden, daß wenn auch der Beweggrund zur Anzeige nebenher die Feindschaft mit dem Privatkläger gewesen sein möge, doch die Rachsucht nicht den einzigen Beweggrund gebildet habe, vielmehr auch das Recht der Anzeige strafbarer Handlungen ausgeübt werden wollte. Diese Feststellung genügt nach der subjektiven Seite und rechtfertigt die Unterstellung der Aeußerung unter § 193 St.G.B. Der bezüglichen Bemängelung der Revision kann nicht beigetreten werden und ihre Berufung auf die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. VI. S. 41 Rechtspr. ist um deswillen verfehlt, weil in derselben ausdrücklich und im unmittelbaren Anschluß an den von der Revision zitierten Satz ausgeführt wird, daß die Absicht den Angezeigten an der Ehre zu kränken, nicht allein daraus hergeleitet werden könne, daß der Anzeigende gegen denselben eine gehässige Gesinnung hegte und ihn vom Amt wegbringen wollte, denn sobald er einmal ein berechtigtes Interesse ausübte, konnte nichts mehr darauf ankommen, aus welchem Grund dies geschah, ob das Interesse an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Rechtsordnung oder Befriedigung des Hasses gegen den Angezeigten das Motiv seines Handelns abgab.

Dagegen ist die weitere Revisionsbeschwerde, welche sich gegen die Ausdehnung des § 193 St.G.B. auf den zweiten Teil der Aeußerung des Angeklagten richtet, insoweit als begründet anzuerkennen, als die bezügliche Feststellung des Berufungsgerichts keine genügende und bedenkenfreie Stütze für jene Ausdehnung bietet. Dieselbe geht dahin, daß die von G. L. weiter bezeugte Aeußerung des Angeklagten, „seine

Frau habe gesehen, wie B. aus dem Reisachwagen einen Sack herausgezogen habe, ein Reh sei drinn gewesen", — wenn sie gefallen sei, wider besseres Wissen erfolgt wäre, daß aber der eigentliche Sinn derselben doch wohl darin liege, daß Angeklagter seinen Verdacht, wenn auch etwas ausgeschmückt geäußert habe, um den G. L. eher zur Mitteilung des wirklichen Hergangs zu bestimmen und daß daher dieser Aeußerung nur die gleiche Bedeutung zuerkannt werden könne, wie dem übrigen Teil der Aeußerung des Angeklagten. Diese Erwägung reicht nicht aus, um die Anwendung des § 193 auf den hier unterstellten Fall einer verleumderischen Beleidigung im Sinn des § 187 St.G.B. zu rechtfertigen.

Allerdings hat das Reichsgericht entgegen der anderweiten, in der Literatur und in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht wiederholt ausgesprochen, daß der § 193 auf alle im XIV. Abschnitt des R.St.G.B. aufgeführten Fälle der Beleidigung und mithin auch auf § 187 Anwendung finde (Entsch. V 56, XII 139. XXXIV 222), aber hiebei stets betont, daß diese letztere Anwendung bloß eine auf das äußerste Maß beschränkte sein werde und nur in seltenen Fällen festgestellt werden könne, daß die wider besseres Wissen aufgestellte Behauptung zum Zweck der Wahrnehmung eines berechtigten, dem Recht und den guten Sitten nicht zuwiderlaufenden Interesses vorgebracht sei. Als solche sind vom Reichsgericht bisher und zwar mit besonderen Einschränkungen nur Fälle der eigenen Verteidigung gegen eine Strafverfolgung anerkannt und speziell der hier einschlägige Fall des Vorbringens um die Verfolgung eines anderen herbeizuführen, ausnahmslos und direkt ausgeschlossen worden, vgl. Entsch. R.G. Bd. 34 S. 222. Freilich wäre vorliegend nicht eine Strafanzeige selbst wider besseres Wissen gemacht, sondern nur zu deren Vorbereitung und Stütze wissentlich Unwahres behauptet worden und die Feststellung im angefochtenen Urteil legt nahe, daß auch dies im Interesse einer besseren Informierung und zur Gewinnung einer weiteren Unterlage für die Strafanzeige geschah. Allein wenn auch

auf einen solchen Fall die Anwendung des § 193 nicht von vornherein grundsätzlich ausgeschlossen werden kann und die wissentlich falsche Mitteilung eines Beweismomentes bei Verfolgung des in der Strafanzeige liegenden berechtigten Interesses nicht notwendig überall eine gewollte Ueberschreitung der hiefür im Gesetz zugelassenen Grenze enthält, so muß doch jedenfalls eine völlig zweifellose Feststellung in der Richtung vorliegen, daß die verleumderische oder frivol mit bewußter Uebertreibung des gekannten Sachverhalts geschehene Aeußerung ausschließlich dem Zweck der besseren Vorbereitung der Strafanzeige dienen sollte und gedient hat.

Eine solche Feststellung kann aber in den hier gebrauchten Worten „der eigentliche Sinn der Aeußerung liege doch wohl darin", nicht gefunden werden, da hiemit die gegebene Auslegung selbst als eine noch zweifelhafte, zwar naheliegende und höchst wahrscheinliche, nicht aber als sichere und nach der Auffassung des Tatrichters eine andere Deutung ausschließende hingestellt wird. Es ist dabei angesichts der schon mitgeteilten weiteren Feststellungen insbesondere der Möglichkeit Raum gelassen, ob bei diesem Teil der Aeußerung, welchen das Berufungsgericht als wider besseres Wissen gemacht, feststellt, nicht gerade die in den Urteilsgründen erwähnte feindselige Gesinnung und Rachsucht des Angeklagten gegen den Privatkläger bestimmend war, und zwar derart, daß die Befriedigung derselben nicht ein bloßes Motiv sondern den eigentlichen Zweck der Aeußerung gebildet hat. Solchenfalls wäre der fragliche Beisatz in Wirklichkeit nicht zur Ausführung eines Rechts, sondern nur bei Gelegenheit der Rechtsausführung gemacht worden und könnte eine Straflosigkeit im Sinn des § 193 des St.G.B. nicht begründen. Hiezu kommt, daß die im Urteil ohne nähere Begründung gelassene volle Gleichstellung der Strafvorschriften des § 187 und des § 186 in deren Verhältnis zum § 193 überhaupt Bedenken erregt und die Annahme einer rechtsirrtümlichen Auffassung des Berufungsgerichts in dieser Richtung nicht ausschließt.

Nach dem Ausgeführten hat die Anwendung der Schutz-

bestimmuug des § 193 St.G.B. auf die gesamte Aeußerung des Angeklagten, auch soweit sie als eine wider besseres Wissen gemachte unterstellt wurde, im angefochtenen Urteil keine für ausreichend zu erachtende, materiell rechtlich einwandfreie Begründung gefunden. Die somit gebotene Aufhebung des Urteils hat sich bei der vorliegenden Einheitlichkeit der Handlung auf alle ihm zu Grunde liegenden Feststellungen zu erstrecken und war somit, wie geschehen, gemäß § 394 St.P.O. zu verfahren.

Urteil des Feriensenats vom 29. Juli 1903 in der Privatklagesache Bader gegen Hambrecht.

2.

Kann der Vorwurf der Hexerei als Beleidigung im Sinne des § 186 R.G.B. aufgefaßt werden?

Aus den

Gründen:

Das Berufungsgericht hat für erwiesen erachtet, daß der Angeklagte in mehreren nicht selbständigen Handlungen über die Ehefrau des Privatklägers vor Dritten äußerte, sie sei Nachts in seinem Schlafzimmer erschienen und an sein Bett hingestanden, sowie daß er den Ausdruck Hexe über sie gebrauchte, und hat ein Vergehen der Beleidigung im Sinn der §§ 186, 185, 73 St.G.B. als vorliegend angenommen unter der Feststellung, daß die erstere vom Angeklagten mit Ueberzeugung behauptete Tatsache geeignet sei, verächtlich zu machen und in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, sowie daß der Ausdruck Hexe als Beleidigung aufzufassen und daß der Angeklagte sich des beleidigenden Charakters der Bezeichnung Hexe bewußt, auch seine Kundgebung eine vorsätzliche gewesen sei. Diese Feststellungen des Berufungsgerichts erschöpfen die Tatbestandsmerkmale eines Vergehens der Beleidigung nach §§ 186 und 185 sowohl in objektiver als in subjektiver Richtung. Die Frage, ob eine behauptete Tatsache geeignet sei, einen Anderen ver-

ächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, sowie ob eine Bezeichnung sich als Ausdruck der Mißachtung oder Geringschätzung, als eine gegen die Ehre des Andern gerichtete vorsätzliche Kundgebung darstelle, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab, ist also wesentlich tatsächlicher Natur. Die darüber getroffene Entscheidung kann nur insoweit angefochten werden, als ihr eine rechtsirrtümliche Anschauung zu Grunde liegt und die Nachprüfung des Revisionsgerichts hat sich hierauf zu beschränken. Ein Rechtsirrtum ist in dieser Richtung im angefochtenen Urteil nicht zu erkennen. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Aeußerung des Angeklagten über die fragliche Erscheinung sei dahin zu verstehen gewesen, daß die Frau des Privatklägers auf übernatürlichem Wege, genauer gesagt mit Hilfe des Teufels und zwar aus Bosheit, eben als Hexe, in das Schlafzimmer gekommen und daß ihr Kommen und Verschwinden auf ihre freie Willenstätigkeit zurückzuführen sei, daß es sich hiebei um eine unmögliche, daher auch nicht beweisbare Tatsache, um eine auf Unverstand und Aberglauben beruhende Einbildung handle, sei unerheblich, denn der Glaube an Hexen sei in den Volkskreisen, welchen die Parteien angehören, ein weitverbreiteter, der Angeklagte halte tatsächlich die Ehefrau des Privatklägers für eine Hexe und eine Person, welche als Hexe verschrieen werde, sei gemieden und geächtet, der Verachtung preisgegeben, auch könne es nicht die Absicht des Gesetzes sein und folge nicht aus dessen Wortlaut, daß das Gesetz gegen derartige Angriffe keinen Schutz bieten solle. Nach dieser Ausführung hat das Berufungsgericht auf dem ihm ausschließlich zustehenden Gebiet der Beweiswürdigung und tatsächlichen Feststellung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falls, der Anschauungen und abergläubischen Vorstellung sowie der Art und Weise des Denkens und Redens der Volkskreise, welchen die Beteiligten, sowohl Parteien als Zeugen angehören, die Frage entschieden, daß die Aeßerungen des Angeklagten eine vorsätzliche Kundgebung der Mißachtung

gegenüber der Ehefrau des Privatklägers sowie eine üble Nachrede über sie enthalten, welche letztere geeignet sei, diese Frau verächtlich zu machen und in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. Zum Tatbestandsmerkmal des Verächtlichmachens genügt schon ein bestimmter Kreis von Personen, innerhalb dessen diese Wirkung eintritt, während allerdings das Herabsetzen in der „öffentlichen Meinung" eine Herabwürdigung oder Aechtung nicht bloß in einem einzelnen bestimmten Kreise sondern eine solche mindestens in der Anschauung des größeren Teils der Bevölkerung voraussetzt und der Standpunkt der öffentlichen Meinung als solcher hienach als maßgebend zu gelten hat, Olshausen zu § 186 Nr. 4, Oppenhoff dort Nr. 17, Entsch. R.G. Bd. 35 S. 126. Vorliegend war die Aeußerung des Angeklagten wie festgestellt wurde, zu einer Herabwürdigung der Frau jedenfalls in dem Volkskreis, welchem sie angehört, geeignet und hiemit ist dem Erfordernis des Verächtlichmachens genügt; selbst eine etwaige rechtsirrige Auffassung des Begriffs der Herabwürdigung in der öffentlichen Meinung, von welcher die hierauf gerichtete weitere Feststellung des Vorrichters beeinflußt wäre, vermöchte nicht zu einer Aufhebung der ausgesprochenen Verurteilung zu führen, da schon die Feststellung der Eigenschaft des Verächtlichmachens für den Tatbestand des § 186 St.G.B. hinreichend ist.

Weiterhin ist zwar in Theorie und Praxis bestritten, ob die Behauptung einer unmöglichen Tatsache, näherhin einer solchen, welche den Beweis der Wahrheit überhaupt nicht zuläßt, die Strafbarkeit aus § 186 des St.G.B. begründet. Die Frage wird verneint von Schwarze zu § 186 N. 6, Stenglein N. 9, Holtzendorff, Hdb. III S. 343, Goltd. Archiv Bd. 23 S. 201; dagegen bejaht von Oppenhoff zu § 186 N. 6, Liszt § 96 Z. 2 S. 346 (Ausg. 1903), Kohler in Goltd. Arch. Bd. 47 S. 38/39. Die letztere Ansicht verdient den Vorzug, da unzweifelhaft auch etwas Unmögliches als Tatsache hingestellt und ihm zugleich der Charakter einer üblen Nachrede im Sinn dieses § beigelegt werden kann;

dies trifft insbesondere bei dem in weiten Volkskreisen als beschimpfend angesehenen Vorwurf der Hexerei zu. Was nach Naturgesetzen unmöglich ist, erscheint nach der Auffassung des Volkes auf dem Gebiet der Moral noch nicht ohne weiteres stets als unverfänglich und für die äußere Achtung eines Menschen als gleichgiltig. Hiezu kommt, daß auch im Fall des § 263 St.G.B. die Vorspiegelung unmöglicher Tatsachen unbedenklich als Tatbestandsmerkmal in Theorie und Praxis zugelassen wird, ferner daß nach der herrschenden, schon im Wortlaut und in der Entstehungsgeschichte des § 186 begründeten Auffassung die Nichterweislichkeit der behaupteten Tatsache kein Tatbestandsmerkmal für die Strafvorschrift des § 186 bildet, vielmehr die Erweislichkeit nur einen Strafausschließungsgrund abgibt (Olshausen a. a. O. N. 7, Entsch. R.G. VII, 207, XIX 386) und daß die unmögliche Tatsache eben als unwahre, näherhin im Sinn des § 186 als „nicht erweislich wahre" aufzufassen ist. Aber auch vom Standpunkt der anderen Ansicht aus wäre die im Urteilstenor ausgesprochene Verurteilung wegen Beleidigung nach der vom Berufungsgericht insoweit getroffenen Feststellung haltbar und läge eben eine gleichwertige Beleidigung im Sinn des § 185 vor, wie eine solche hinsichtlich des Ausdrucks Hexe vom Vorrichter rechtlich einwandfrei angenommen worden ist und für welche dieselbe Strafdrohung wie im Fall des § 186 St.G.B. besteht. In den Urteilsgründen heißt es: „von demselben Gesichtspunkt aus" d. h. nach derselben tatsächlichen Beurteilung, welche für das Gericht bezüglich der Behauptung einer nächtlichen Erscheinung der Ehefrau des Privatklägers maßgebend war, sei auch die Bezeichnung Hexe als Beleidigung aufzufassen; es liegt somit nach der für das Revisionsgericht bindenden Feststellung des Berufungsgerichts in jener Behauptung im Zusammenhalt mit der vom Vorrichter beigegebenen Erläuterung der Vorwurf, daß diese Frau im Bund mit dem Teufel stehe und Hexenspuk treibe, und hierin die für sie ehrverletzende Kundgebung, daß sie eine gemiedene und geächtete Person sei, — eine Kundgebung,

welche jegenfalls nach § 185 St.G.B. strafbar ist.

Urteil des Straffenats vom 9. Dezember 1903 i. S. Weber g. Moll.

3.

1. Die Rechtsgiltigkeit der Strafvorschrift in Art. 7 Ziff. 3 Pol.Str.Ges., betr. unbefugten Losvertrieb? 2. Genügt Fahrlässigkeit zum Tatbestand?

Der Angeklagte ist vom Schöffengericht wegen Uebertretung im Sinn des Art. 7 Z. 3 des Pol.Str.Ges. zu Strafe verurteilt und die von ihm eingelegte Berufung verworfen worden auf Grund der Feststellung, er habe in der Nr. 28 der in Braunschweig ausgegebenen Zeitschrift der „Tierfreund" Lose der in Württemberg nicht zugelassenen herzoglich Braunschweigischen Landeslotterie zum Kauf angeboten und diese Zeitungsnummer sei an etwa 500 in Württemberg wohnende Abonnenten des Tierfreund versandt worden, womit diesen zugleich die genannten Lose durch den Angeklagten zum Kauf angeboten wurden.

Die Revision des Angeklagten behauptet in erster Linie die Ungiltigkeit der zur Anwendung gekommenen Vorschrift des Württ. Polizeistrafgesetzes, da sie im Widerspruch mit dem die Materie des Glückspiels und der Lotterien in §§ 284 bis 286 und § 268 Z. 14 regelnden Reichsstrafgesetzbuch stehe und daher nach § 2 Einf.Ges. zum St.G.B. wie nach Art. 2 der Reichsverfassung der Wirksamkeit entbehre. Diese Auffassung ist eine irrige und wird schon durch die Entstehungsgeschichte des in Betracht kommenden § 286 R.St.G.B. wie des Art. 7 Z. 3 Württ. Pol.St.G. widerlegt. Nach der ersteren reichsgesetzlichen Strafvorschrift wird die Veranstaltung öffentlicher Lotterien ohne obrigkeitliche Erlaubnis mit Strafe bedroht und den Lotterien die öffentliche Veranstaltung von Ausspielungen beweglicher oder unbeweglicher Sachen gleich geachtet; diese Strafvorschrift ist aus der Preußischen Verordnung vom 5. Juli 1847 ent-

standen, welche in § 1 sowohl die Veranstaltung öffentlicher Lotterien ohne obrigkeitliche Erlaubnis als auch das Spielen in auswärtigen, in Preußen nicht zugelassenen Lotterien und das Kollektieren für dieselben für strafbar erklärte; sie ging dann in ihrem ersten Teil in den § 268 des preuß. St.G.B. vom 14. April 1851 über und von da wörtlich in den § 286 des R.St.G.B. vom 15. Mai 1871, während der andere Teil jenes § 1 der Verordnung von 1847 betr. das Spielen in auswärtigen, in Preußen nicht zugelassenen Lotterien und das Kollektieren für dieselben weder in das preußische noch in das deutsche Strafgesetzbuch übernommen wurde. Nun enthalten aber die Motive zu § 286 R.St.G.B. (im Entwurf § 281) S. 137 die ausdrückliche Erklärung, daß „die Vorschriften über das Spielen in auswärtigen Lotterien und das Kollektieren für dieselben durch diesen Paragraphen nicht berührt werden"; diese Erklärung ist bei der Beratung des R.St.G.B. weder widerrufen noch widersprochen worden und es kommt ihr deshalb bezüglich des Umfangs der im R.St.G.B. erfolgten Regelung der Materie des Glücksspiels und der Lotterien eine für den bezüglichen Willen der Gesetzgebungsfaktoren maßgebende Bedeutung zu. Hieraus folgt, daß diese Materie nur mit der in den Motiven ausdrücklich festgesetzten Einschränkung zum Gegenstand r e i ch s gesetzlicher Regelung gemacht und der hienach ausgenommene Teil für die landesrechtliche Partikulargesetzgebung vorbehalten wurde. Es folgt aber zugleich für die Auslegung des Wortes „ausländische Lotterie" im Zusammenhang mit dem fortbestehenden Lotteriemonopol der Einzelstaaten, daß hierunter die Lotterien der einzelnen Bundesländer zu verstehen sind, da vom Standpunkt der Partikulargesetzgebung aus jeder andere deutsche Einzelstaat als Ausland oder als auswärtig erscheint und da jene Bemerkung in den Motiven zu § 286 nachweislich den nicht in das Strafgesetzbuch übernommenen Teil der Preuß. Verordnung vom 5. Juli 1847 und später vom 25. Juni 1867 betraf, also auch nur im Sinn jener landesrechtlichen Bestim-

mungen dahin auszulegen ist, daß als ausländische Lotterien dort nur die außerhalb des damaligen Inlandes Preußen bestehenden Lotterien gemeint waren, folgerichtig nunmehr vom Standpunkt jedes einzelnen Bundesstaates die außerhalb seines Gebietes, wenn auch innerhalb des deutschen Reichsgebiets bestehenden Lotterien hieher zählen und das Wort „ausländisch" somit in diesem Fall nicht im Sinn von „außerdeutsch" sondern von auswärtig d. h. nicht zu dem betreffenden Bundesstaat gehörig gebraucht ist.

Dieser Auffassung entsprechend sind denn auch die zur Zeit der Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs vorhandenen Landesgesetze betr. das Spielen in auswärtigen Lotterien und das Kollektieren für solche als in Kraft bleibend angesehen, auch in der Folgezeit in verschiedenen Bundesstaaten je unter speziellem Nachweis der Zuständigkeit der Landesgesetzgebung durch anderweite, die betreffende Materie regelnde Gesetzesbestimmungen ersetzt bezw. ergänzt worden. Dies geschah z. B. in Preußen mit Erlaß des Gesetzes vom 29. Juli 1885 betr. das Spiel in außerpreußischen Lotterien, des Gesetzes vom 18. August 1891 betr. das Verbot des Privathandels mit Staatslotterielosen, des Gesetzes vom 19. April 1894 betr. den Handel mit Anteilen und Abschnitten von Losen zu Privatlotterien. Ferner ist zur Beurteilung der Anschauung der Reichsgesetzgebungsfaktoren gegenüber der von der Revision unter Berufung auf ein Urteil des Landgerichts Elberfeld vom 18. August 1903 und die Abhandlung von Theisen in Goltdammer's Archiv Bd. 49 S. 234 ff. vertretenen Ansicht nicht bloß auf die oben erwähnte ausdrückliche und unwidersprochen gebliebene Einschränkung in den Motiven zu § 286 sondern auch auf die Begründung zu dem Reichsgesetz vom 1. Juli 1881 betr. die Erhebung der Reichsstempelabgaben zu verweisen, in welcher Begründung zu Abschnitt III „Lotterielose" die verschiedenen Verbotsgesetze der einzelnen Bundesstaaten ausdrücklich als durch § 286 St.G.B. nicht aufgehoben erklärt und in fortdauernder Geltung bestehend erörtert sind, ohne daß diese

Auffassung von irgend welcher Seite bei der Gesetzesberatung einen Widerspruch erfahren hätte, im Gegenteil wurde bei der Kommissionsberatung ein Antrag auf Aufhebung dieser einzelstaatlichen Lotterieverbotsgesetze von der Mehrheit bekämpft und dann wieder zurückgezogen, vgl. Verh. des Reichstags 1881 Bd. III Anl. Nr. 59, Kom.Ber. in Bd. IV Anl. 162, Prot. Bd. I S. 551 ff., Bd. II S. 1381, 1693.

In Württemberg ist abweichend vom früheren Pol.Str.G.B. vom 2. Oktober 1839, welches in Art. 81—83 das Einsetzen in verbotenen Lotterien sowie die „Kollektanten für ausländische Güter- und Klassenlotterien, für Zahlenlotto und ähnliche, auf den bloßen Glücksfall ausgesetzte Unternehmungen" mit Strafe bedroht hatte, in dem bei Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs erlassenen Polizeistrafgesetz vom 27. Dezember 1871 nicht mehr das Einsetzen in eine nicht genehmigte Lotterie, wohl aber das Kollektieren mit Losen solcher Lotterie, näherhin das Anbieten, Verkaufen und Feilhalten derselben in Art. 7 Ziff. 3 unter Strafe gestellt worden. In den Motiven hiezu ist die Frage der reichsrechtlichen Zuläſſigkeit dieser Bestimmung im Verhältnis zum Reichsstrafgesetzbuch erörtert und bejaht, im Kommissionsbericht der II. Kammer ist unter Hinweis auf den Satz in den Motiven zu § 286, die Vorschriften über das Spielen in ausländischen Lotterien und das Kollektieren für dieselben werden durch diesen Paragraphen nicht berührt", das Verbleiben dieser Materie bei der Landesgesetzgebung konstatiert und kein Bedenken wegen der Zuständigkeit Württembergs zu Erlassung der Vorschrift als vorhanden angenommen worden. Dasselbe besagt der Kommissionsbericht der I. Kammer und bei den Verhandlungen im Plenum gelangte der Artikel ohne Debatte zur Annahme (vgl. Verh. Abgeord.Kam.1870/2, I. Beil.Bd. S. 331, 550, Prot. Bd. II S. 703, Verh. I. K. Beil. I S. 157, Prot. I. Bd. S. 203). Bei Beratung der Novelle vom 4. Juli 1898 zum Pol.Str.Ges., welche der Strafvorschrift des Art. 7 Z. 3 eine verbesserte und erweiterte Fassung gegeben hat, ist die Zuständigkeit der Landes-

gesetzgebung in dieser Materie wiederholt dargetan und einmütig anerkannt worden, Komm.Ber. der Kam. der Abg. Verh. 1897 B. Bd. VII S. 472 ff., Prot. 160. Sitzung S. 5303 ff., Komm.Ber. I. K. B. 19 S. 3.

Diesem Standpunkt der Reichs- und Partikulargesetzgebungsfaktoren entspricht auch derjenige der Literatur von vereinzelten Ausnahmen wie Olshausen Nr. 5, 6 zu § 284, Liszt 13. Aufl. S. 485, Francke E.G. § 2 Nr. III 3 abgesehen und ebenso die Rechtsprechung. Im Kommentar von Rudorff-Stenglein ist in Note 11 zu § 283 zutreffend bemerkt: jeder Bundesstaat steht in der Zulassung von Lotterien und öffentlichen Ausspielungen unabhängig und präjudiziert die Zulassung in dem einen Staat nicht dem andern; das hiedurch entstehende Mißverhältnis, daß was in einem Bundesstaat erlaubt, im andern strafbar ist, ja sogar vermöge der gegenseitigen Rechtshilfe die Exekutivbehörden einzelner Bundesstaaten gehalten sein können, Strafen zu vollziehen für Handlungen, welche, wenn im eigenen Land begangen, straflos wären, kann bei Polizeivorschriften überhaupt nicht auffallend sein und rechtfertigt sich dadurch, daß sich jeder der Gesetzgebung desjenigen Territoriums zu fügen hat, in dem er sich aufhält oder in dem er, wenn auch nur brieflich, Geschäfte machen will. Auch ist zu beachten, daß solche Polizeivorschriften durch die jeweiligen besonderen Verhältnisse und Interessen der einzelnen Staaten und selbst Bezirke veranlaßt sind. Hienach erledigt sich der bezügliche Einwand der Revision. Vgl. ferner: Häschner, Strafr. Bd. II S. 453, Merkel in Holtzendorff Hdb. III S. 830, Binding, Lehrb. 2. Aufl. S. 413, Oppenhoff, 14. Aufl. N. 15 zu § 286, Meyer, Lehrb. 5. Aufl. S. 606. Das Reichsgericht hat in konstanter Praxis in einer Reihe von Entscheidungen die Giltigkeit der landesgesetzlichen Strafbestimmungen soweit sie sich auf das Verbot des Spielens in auswärtigen Lotterien und des Kollektierens für solche erstrecken, ausnahmslos anerkannt und gegenüber der in der Literatur vertretenen anderweiten Auffassung festgehalten, vgl. Entsch. in Straff. Bd. I S. 219. 277.

V 301, X 220, XI 108, XXI 3, XXVIII 418, XXX 117, XXXI 35, XXXIII 124, 335, XXXVI 260, Goltdammer's Archiv 44 S. 58. Und zwar wird dieser Standpunkt, wie eine nähere Vergleichung der vorzitierten Entscheidungen ergibt, von allen vier Senaten des Reichsgerichts einmütig vertreten und die gegenteilige Behauptung der Revision, welche einen direkten Widerspruch in den Entscheidungen des I. und III. Senats und damit den Fall des § 137 Ger.Verf.Ges. als gegeben erachtet, ist nicht zutreffend, insofern hiebei völlig übersehen wird, daß in der Bd. XVIII S. 1 veröffentlichten Entscheidung des III. Senats die oben ausgehobene und in dieser Frage maßgebende Einschränkung der Motive zu § 286 ausdrücklich als Ausnahme anerkannt und die Regelung der Materie des Glücks- und Lotteriespiels im Reichsstrafgesetzbuch gerade mit spezieller Hervorhebung der erwähnten Ausnahme als erschöpfende bezeichnet ist. Ueberdies hat der III. Senat in einer späteren Entscheidung, Bd. 33 S. 355, die Rechtsgiltigkeit der betr. landesgesetzlichen Strafvorschriften völlig unzweideutig ausgesprochen. Von derselben Rechtsanschauung ist auch das Oberlandesgericht Stuttgart in verschiedenen die Strafvorschrift des Art. 7 Ziff. 3 Pol.Str.Ges. betreffenden Entscheidungen ausgegangen; die in den Jahrbüchern der Württ. Rechtspflege Bd. I S. 75, VIII 288, XII 247 mitgeteilten Entscheidungen haben die Rechtsgiltigkeit dieser Strafvorschrift zur notwendigen Voraussetzung, teilweise auch zum Gegenstand der Erörterung gemacht und von diesem Standpunkt abzugehen, geben die Ausführungen der Revision und ihre Bezugnahme auf das abweichende Urteil des Landgerichts Elberfeld keine Veranlassung.

In zweiter Linie bemängelt die Revision die Anwendung des Art. 7 Z. 3 Pol.St.Ges. auf die Feststellung eines bloß fahrlässigen Verschuldens des Angekl. Unzutreffend ist zunächst die Behauptung, daß die Strafbestimmung ein vorsätzliches Handeln voraussetze und eine fahrlässige Begehung überhaupt ausgeschlossen sei. Denn die Strafbestimmung selbst enthält keinen Ausdruck, welcher für ein sol-

ches Erfordernis des subjektiven Tatbestands sich verwerten ließe und das Wesen der strafbaren Fahrlässigkeit besteht eben darin, daß durch einen vermeidbaren Mangel von der nach der Sachlage gebotenen Umsicht und Sorgfalt vom Täter ein voraussehbarer rechtsverletzender Erfolg seines Handelns herbeigeführt worden ist. Es genügt somit vorliegend, daß der Erfolg der Nichtanwendung der erforderlichen Vorsicht, nämlich das Anbieten, Feilhalten oder Absetzen von Losen einer in Württemberg nicht genehmigten öffentlichen Lotterie daselbst eingetreten ist und dieser Erfolg als mögliche Folge des Verhaltens vorauszusehen war, um den Art. 7 Ziff. 3 Pol.St.Ges. zur Anwendung zu bringen. Ein Willensakt, ein gewolltes konkretes Handeln ist hiebei allerdings erforderlich, aber die Herbeiführung des rechtswidrigen Erfolges durch Unvorsichtigkeit mit der Maßgabe, daß der Handelnde diesen Erfolg hätte voraussehen können, macht eben sein Handeln zu einem fahrlässigen im Sinn des Gesetzes. Ausgeschlossen wäre die Bestrafung der Fahrlässigkeit nur dann, wenn die Vorsätzlichkeit durch die Natur der mit Strafe bedrohten Handlung bedingt oder als Voraussetzung der Strafbarkeit durch den Wortlaut der Strafvorschrift insbesondere mit den Worten „vorsätzlich", „wissentlich", „absichtlich" ausdrücklich gefordert wäre. Dies trifft aber hier nicht zu; auch handelt es sich um eine Vorschrift rein polizeilicher Natur, welche in öffentlichem Interesse zur Vermeidung von wirtschaftlichen Gefährdungen des Publikums gegeben ist und Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften dieser Art sind, falls nicht aus deren Fassung oder aus anderen Umständen das Gegenteil sich ergibt, gerade im Hinblick auf die polizeiliche Natur und Zweckbestimmung regelmäßig auch im Fall fahrlässiger Begehung strafbar, vgl. Entsch. des Reichsger. XXIV S. 399, XXV S. 243, XXVII S. 33. Die letztere Entscheidung betrifft gerade die fahrlässige Veranstaltung einer Ausspielung, strafbar aus § 146a Gew.Ord. Insbesondere ist in konstanter Rechtsprechung anerkannt, daß jede Verschuldung des Täters, also auch ein fahrlässiges Zuwiderhandeln gegen die

Bestimmung des Art. 7 Ziff. 3 Pol.Str.Ges. zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes und damit zur Verurteilung genügt.

Verfehlt ist sodann der weitere Angriff der Revision, daß keinenfalls in dem festgestellten Verhalten des Angeklagten eine Fahrlässigkeit liege. Nach dieser Feststellung des Berufungsgerichts ist dem Angeklagten nicht widerlegt, daß er die Zeitschrift „Tierfreund", deren früheren Erscheinungsort (Heilbronn) und die Tatsache, daß sie nach ihrer Uebersiedelung nach Braunschweig noch Abonnenten in Heilbronn und Umgebung hatte, nicht gekannt und daß er sich auch nicht nach dem Verbreitungsgebiet, sondern nur nach der Auflage der Zeitschrift erkundigt habe. Eben hierin ist die dem Angeklagten zur Last fallende Fahrlässigkeit gesehen worden mit der Begründung: es sei ihm als einem wiederholt vorbestraften Lotteriekollekteur bekannt gewesen, daß die Braunschweigische Landeslotterie wie in verschiedenen anderen Staaten so auch in Württemberg nicht konzessioniert sei, auch habe er sich sagen müssen, daß eine Zeitschrift mit der ihm mitgeteilten Auflage von 5000 Exemplaren möglicherweise auch in Württemberg Abonnenten habe, und sei er eben aus diesen Gründen verpflichtet gewesen, sich beim Verleger nach den einschlägigen Verhältnissen zu erkundigen, wobei er dann erfahren hätte, daß die Zeitschrift erst seit Kurzem in Braunschweig ausgegeben werde, früher in Heilbronn erschienen sei und daß eine größere Anzahl von Abonnenten in der Gegend von Heilbronn oder jedenfalls in Württemberg wohne, somit die sein Losangebot enthaltende Nummer auch an die dort wohnenden Abonnenten versandt werde; weil er nun ohne jede Erkundigung nach dem Verbreitungskreis des „Tierfreund" die Annonce mit dem Losangebot veranlaßt und damit die Lose in Württemberg angeboten habe, so habe er eben diesen verbotenen Erfolg durch Fahrlässigkeit herbeigeführt. In diesen Ausführungen ist eine Verkennung des Rechtsbegriffs der Fahrlässigkeit nicht ersichtlich; auf Grund tatsächlicher, der besonderen Gestaltung des Falles

entnommener Erwägungen sind die Verpflichtung des Angeklagten zur Anstellung solcher Erkundigung, die Voraussehbarkeit des durch die Anzeige veranlaßten rechtswidrigen Erfolgs und dessen Eintritt als die Wirkung des mit pflichtwidriger Unterlassung verbundenen Handelns des Angeklagten, — also die für jenen Begriff entscheidenden Momente festgestellt worden. Hiemit konnte das Berufungsgericht in Verbindung mit der weiteren Tatsache, daß diese Lotterie außerhalb Württembergs veranstaltet wurde und die erforderliche Genehmigung von der zuständigen württ. Behörde nicht erlangt hatte, rechtlich einwandfrei zur Anwendung des Art. 7 Ziff. 3 Pol.Str.Ges. gelangen. Wenn die Revision hiegegen mit dem Hinweis auf bedenkliche Konsequenzen und Zufälligkeiten ankämpft, welche sich aus der Annahme jener Erkundigungspflicht für den Lotteriekollekteur unter Umständen ergeben könnten, so übersieht sie, daß der Bestand und Zweck solcher einzelstaatlichen Verbotsgesetze von. selbst dem Lotteriekollekteur besondere Verpflichtungen und Beschränkungen für den öffentlichen Losvertrieb auferlegt, auch nicht ein Fall der von der Revision mit dem Hinweis auf allerdings weitgehende Folgen konstruierten Art hier festgestellt ist und daß sich die Revision mit diesen Angriffen auf das Gebiet der Beweiswürdigung begibt, dieselben somit in dieser Instanz nicht beachtlich sind. Hienach war die Revision zu verwerfen.

Urteil des Straffenats vom 17. Februar 1904 gegen A. H.

In einem anderen Fall war außer denselben Einwendungen, welche in vorstehendem Urteil des Straffenats sowie anderen, welche in den in Bd. 8 S. 227 und Bd. 12 S. 247 dieser Jahrbücher abgedruckten Urteilen schon gewürdigt wurden, auch die Einrede der Unvereinbarkeit des Art. 7 Z. 3 Pol.St.G. mit Art. 33 der Reichsverfassung geltend gemacht worden. Diese Einrede wurde mit folgender Begründung verworfen:

Wenn die Revision weiterhin die Ungiltigkeit der württemb. Strafvorschrift des Art. 7 Z. 3 aus Art. 33 der Reichsverfassung abzuleiten versucht, so verkennt sie den Zweck und

Inhalt dieser Verfassungsbestimmung. Nach derselben ist Deutschland als einheitliches Zoll- und Handelsgebiet erklärt und bestimmt, daß alle Gegenstände, welche im freien Verkehr eines Bundesstaates befindlich sind, in jedem andern Bundesstaat eingeführt, auch in letzterem einer Abgabe nur insoweit unterworfen werden dürfen, als daselbst gleichartige inländische Erzeugnisse einer innern Steuer unterliegen. Hiemit ist eine schon im Zollvereinsvertrag vom 8. Juli 1867 enthaltene Bestimmung wiederholt, welche lediglich in Absicht auf die Zoll- und Abgabenerhebung eine gleichmäßige und einheitliche Behandlung festsetzt und das bestehen gebliebene Lotteriemonopol der einzelnen Bundesstaaten in keiner Weise berührt. Dies kam auch bei Erlassung des Reichsstempelabgabengesetzes vom 1. Juli 1881 zum Ausdruck, insofern hiebei besonders ausgesprochen wurde, daß die Besteuerung der Lotterielose durch das Reich mit den in einzelnen Bundesstaaten erlassenen Verbotsgesetzen nicht in Widerspruch trete, und daß ein Recht, die versteuerten Lose in Gebieten abzusetzen, in welchen ein Landesverbotsgesetz entgegenstehe, dadurch nicht erlangt werde, vgl. obenzit. Materialien Anl. 5 S. 347.

Urteil des Straffenats vom 24. Februar 1904 gegen H. M.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

1.

Streitigkeit über die Quellabflüssen zukommende Eigenschaft eines öffentlichen Gewässers.

Der Kläger G. B. ist seit 1896 Eigentümer der nahe bei Welzheim auf der Markung dieser Gemeinde liegenden „Obermühle“, einer oberschlächtigen Mahl- und Sägmühle, die ihr Betriebswasser aus der Lein und dem Röthelbach erhält.

Der Beklagte, Fabrikant K. M. in Welzheim, hat im Jahre 1900 die Wiesenparzellen Nr. 1415 und 1416 der Markung Welzheim im Gewand „untere Röthelwiesen“ in der Absicht erworben, das Wasser, das auf diesen Wiesen bei Punkt q des Lageplans aus der auf der Grenze der beiden Parzellen entspringenden Quelle q_2 und aus der an der Grenze der Parz. Nr. 1415 gegen Parz. Nr. 1485 entspringenden Quelle q_1 zusammenfließt, zu fassen und zu einer Wasserleitung nach der Fabrik zu verwenden; es sollte bei dem Zusammenfluß ein Widderpumpwerk erstellt werden, das etwa 10 % des Wassers der Fabrik zufließen ließe, während 90 % als Abwasser des Pumpwerks dem Wildbett des Röthelbachs zuliefen, und es würde das gesamte Wasser, das zur Zeit in einem Graben von Punkt z zu Punkt b dem Röthelbach zugeleitet wird, um von dort in einem Kanal be auf die Räder der Obermühle geführt zu werden,

dieser verloren gehen, weil das Wildbett des Röthelbachs unterhalb der Mühle in die Lein mündet.

In seiner bei der Kreisregierung in Ellwangen eingereichten Klage hat der Kläger den Antrag gestellt, daß festgestellt werde, daß das Gewässer der beiden Quellen (sog. Sternwirtsquellen) ein öffentliches sei, und die beklagte Partei für verbunden erklärt werde, jede Störung des Wasserabflusses und die Wasserableitung zu unterlassen, mit der Begründung: die Quellen brechen mit großer Mächtigkeit aus der Erde hervor und bilden von der Ausbruchsstelle an einen Bach mit sicherem Gerinne und Ufern, seien also ein öffentliches Gewässer, wie der Röthelbach selbst, und sie liefern einen beträchtlichen und wichtigen Teil des Betriebswassers der Mühle. Mit dem Antrag auf Abweisung der Klage bestritt die beklagte Partei, daß den Quellen die Eigenschaft eines öffentlichen Gewässers zukomme und der Kläger durch Abdämmung das Wasser der Mühle zuzuleiten berechtigt sei. Durch Urteil vom 23. November 1901 hat die Kreisregierung die Klaganträge als unbegründet abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat der Verwaltungsgerichtshof unter Abänderung dieser Entscheidung erkannt, daß das von den Wiesen des Beklagten Parz. Nr. 1415 und 1416 abfließende, aus den Sternwirtsquellen entspringende Wasser ein öffentliches Gewässer sei und der Beklagte jede Störung des Wasserabflusses und die Ableitung nach seiner Fabrik zu unterlassen habe.

Gründe:

Der Verwaltungsgerichtshof nimmt unter den vorliegenden besonderen Umständen als erwiesen an, daß den in den Röthelbach fließenden beiden Quellen q_1 und q_2 die Eigenschaft eines öffentlichen Gewässers zukommt.

Durch die in dieser Instanz beigebrachten Akten des K. Archivs des Innern und des K. Finanzarchivs sowie durch die Erhebungen des hydrographischen Bureaus der K. Ministerialabteilung für den Straßen- und Wasserbau ist der Inhalt der vom Kläger vorgelegten, nach Schrift und Pa-

pier augenscheinlich alten Aufschriebe über die Wasserzuleitung zu der jetzt bestehenden Obermühle bestätigt worden: Die Mahl- und Sägmühle, welche auf dem Gebiet der Stadt Welzheim von altersher auf dem linken Ufer des Leinflüßchens bestanden hatte, hatte ihr Betriebswasser aus dem ca. 11 Morgen umfassenden „großen Obermühlsee" (von dessen Damm noch Reste vorhanden sind) erhalten, der von der Lein, den Quellen der links der Lein gelegenen Schafhofwiesen und dem Röthelbach, und zwar aus letzterem auf dem Wege über den im Jahr 1749 zugleich mit anderen Seen (Stauseen) verkauften und sodann eingegangenen kleinen „Lohsee" (von dessen Damm gleichfalls noch Reste vorhanden sind) gespeist wurde. Als, nachdem im Jahr 1732 die Stadt Welzheim mit der Obermühle dem württemb. Kammerschreibereigut einverleibt worden war (Oberamtsbeschreibung von Welzheim S. 129 und das Königreich Württemberg 3. Band S. 616), mit Rücksicht auf die Baufälligkeit der Mühle, die eingetretene Verschlammung des „großen Obermühlsees" und die Schadhaftigkeit seines Wehrs der See im Jahr 1749 zur Trockenlegung verkauft und der Wiederaufbau der Mühle am r e c h t e n Ufer der Lein in die Wege geleitet wurde, wurden dem Käufer des Sees die in dem Bericht des Oberamtmanns K. von Welzheim vom 10. Oktober 1762 und dessen Beilagen aus der Baukonsignation vom 22. März 1749 angeführten ... Bauausführungen, zu denen die Herrschaft 120 Stämme Bauholz lieferte, anbedungen; die beschriebenen Einrichtungen des Leinoberkanals sind jetzt noch vorhanden. Der Verwaltungsgerichtshof entnimmt den von dem Kläger vorgelegten beiden Abschriften der über die Trockenlegung des Obermühlsees bereits im Jahr 1744 abgegebenen gutächtlichen Aeußerung des Werkmeisters G., der in den Akten des Archivs des Innern Nr. 3 als Mühlengeneralinspektor genannt ist, und den vom Kläger vorgelegten übrigen Aufschrieben, daß damals die Zuleitung der Quellen der Schafhofwiesen unterblieben ist, dagegen die Wiederzuleitung des Wassers des Röthelbachs

zu der neuerbauten Mühle zur Ausführung gebracht worden ist. Der Inhalt der Relation, welche unter dem 5. Juli 1728 der Vogt K. und die Steuerkommission in Welzheim der Reichsgräfin von Würben, der von dem Herzog von Württemberg die Lehensherrschaft Welzheim überlassen worden war, vorgelegt hat, steht letzterer Annahme, davon abgesehen, daß über die Lage jener Lohmühle und über ihren Betrieb sonst nichts bekannt ist, schon darum nicht entgegen, weil im Jahr 1749, wie bereits erwähnt wurde, auch der Lohsee znr Trockenlegung verkauft worden ist, und ein Anhalt dafür fehlt, daß zu und nach dieser Zeit die Lohmühle noch bestanden hat und betrieben wurde.

Der große Obermühlsee war im Eigentnm und in unmittelbarer Administration der Kammerschreibereiverwaltung gestanden, auch war dem Müller nach einem von dem Kläger vorgelegten Aufschriebe die Belastung mit einem jährlichen Wasserzins von 3 fl. 47 kr. verblieben; es liegt, wenn gleich die wenigen Archivalakten hierüber nichts enthalten, nichts gegen die Annahme vor, daß auch das Wasser aus dem Röthelbach dem Müller unter Mitwirkung oder Genehmigung der Kammerschreibereiverwaltung in Ausübung ihres Hoheitsrechts nach dem Verkauf des ihr gehörigen Lohsees wieder verschafft worden ist.

Nach den Erhebungen des hydrographischen Bureaus stimmt mit der Beschreibung in den vom Kläger übergebenen Aufschrieben der jetzt noch vorhandene Zustand der Zuleitung des Wassers des Röthelbachs überein. Von der Stelle weg, wo die Quellen entspringen, werden sie anfangs von der Mühle ab d. h. talaufwärts (der Richtung gegen die Mühle entgegengesetzt) geführt 120 Schritt auf Wiesen am alten (Röthel-) Bach vorbei (der Graben von z, dem künstlichen Abzweigungspunkte des von den beiden Quellabflüssen gebildeten Wasserlaufs bis b mißt 94 m, der Graben von q, dem Vereinigungspunkt bis b mißt 103 m), bis das Wasser bei diesem Punkt b in den rechten (richtigen) Graben,

der gegen die Mühle lauft, kommt, wo das Wasser von den beiden Rinnsalen (dem Röthelbach und dem künstlichen Graben) zusammengefaßt wird mit einer Stellfalle und oben im Wiesental im Bogen herumgeführt wird, bis es in den großen Mühlgraben (den Oberkanal der Lein) oben auf die Räder kommt. Die Entfernung vom Punkte b bis zur Mühle mißt genau 366 m.

Daß der Röthelbach ein öffentliches Gewässer ist, ist von dem Beklagten in dieser Instanz als unbestritten anerkannt worden und auch von Amtswegen nicht zu beanstanden. Insbesondere ist auch nicht in Zweifel zu ziehen, daß die Eigenschaft eines öffentlichen Gewässers dem in dem Graben, der bei dem Punkt b von dem Wildbett des Bachs künstlich abgezweigt ist, über den Punkt e zu der Mühle abgeleiteten Wasser zukommt und dem Kläger mittels dieses Grabens ein Nutzungsrecht an dem öffentlichen Gewässer des Röthelbachs zusteht.

Bei den beiden Quellabflüssen hat der Unterrichter die Eigenschaft eines öffentlichen Gewässers teils wegen der allerdings geringen Wassermenge (1½ Liter bei der Quelle q_1, 1 Liter bei der Quelle q_2, zusammen 2½ Liter in der Sekunde — die am 21. Oktober 1902 ausgeführten Messungen des hydrographischen Bureaus ergaben noch weniger —), teils wegen Mangels von Bett und Ufer verneint. Dagegen sagt die K. Ministerialabteilung für den Straßen- und Wasserbau in ihrer gutächtlichen Aeußerung: wenn auch die beiden Quellen nicht mit Mächtigkeit im gewöhnlichen Sinne hervorbrechen, so seien sie doch für die hochgelegene, durchlässige und wasserarme Liassandsteinebene des Welzheimer Waldes und für die Stadt Welzheim und ihre Bewohner von verhältnismäßig großer Bedeutung. Und die Ministerialabteilung kommt in ihrem Gutachten zu dem Ergebnis, daß die Quellen vor 150 Jahren als öffentliche Gewässer angesehen worden seien und kein Grund vorliege, ihnen jetzt diese Eigenschaft abzusprechen. Die verhältnismäßige wirtschaftliche Bedeutung weniger ergiebiger Quellen gestattet allerdings

keinen direkten Schluß darauf, daß sie ein öffentliches Gewässer bilden, sie kann aber immerhin zur Erklärung dienen, weshalb sie nicht Gegenstand des Privateigentums geworden oder geblieben sind. Im Endergebnis tritt der Verwaltungsgerichtshof bei der Entscheidung der streitigen Frage, ob schon die Abflüsse der beiden Quellen von ihrem Ursprung an bis zu ihrer Vereinigung mit dem Röthelbach als öffentliches Gewässer anzuerkennen sind, dem Gutachten der Ministerialabteilung in Berücksichtigung aller hier in Betracht kommenden Umstände, ohne sich mit der Entscheidung vom 20. Mai 1896 (Württ. Jahrbücher Band VIII. S. 375 ff.) in Widerspruch zu setzen, bei. Wenn früher die Quellen die Eigenschaft eines öffentlichen Gewässers hatten, ist hieran durch das Wassergesetz vom 1. Dezember 1900 nichts geändert.

Um die Form der Rinnsale näher kennen zu lernen, wurden am 21. Oktober 1902 von den Beamten des hydrographischen Bureaus mit senkrechten Spatenstichen vier Profile ausgeschachtet, deren Form und Größenverhältnisse in |49 dargestellt sind: Profil P 1 33,5 m unterhalb der Quelle q_1 an einer Stelle, wo das Rinnsal vollständig verwachsen schien, und ebenso an besonders verwachsenen Stellen das Profil P 2 unterhalb der Quelle q_2 und die Profile P 3 und P 4 unterhalb der Punkte q und z, ersteres auf der Parzelle Nr. 1417 und letzteres unterhalb des Punktes b. Das hydrographische Bureau bemerkt zu diesen Querprofilen, daß die Verwachsungen derart seien, daß der Fuß eines Mannes der Länge des Rinnsals nach kräftig aufgesetzt einbrechen würde, und entlang den verwachsenen Stellen in kleineren Abständen senkrechte kleine Löcher in das Rinnsal hinabführen und durch diese Löcher hinunter der Wasserlauf in kurzen Abständen gesehen werden könne. Auf den wenig durchlassenden Knollenmergelschichteu des Keupers, aus deren tonigen Verwitterungsprodukten der Untergrund der Wiesen bestehe, herrsche üppiger Sumpfpflanzenwuchs, der im Verein mit den feinen von den Wassern abgeschwemmten Schlamm-

teilen eine rasche Auflandung der Terrainmulden und das Verwachsen der Flußbetten und Wassergräben bewirke. Als notwendige Folge sei es daher zu bezeichnen, daß der Röthelbach und die künstlichen Rinnsale seiner Zuflüsse nach und nach verwachsen mußten, und dies habe um so stärker zu Tage treten müssen, als die Rinnsale, worin das Wasser zur Obermühle geleitet werde, nicht im Eigentum des Müllers sich befunden haben und ein regelmäßiges Ausschlagen des Müllers, weil für ihn eine rechtliche Befugnis hiezu in keinem öffentlichen Buch eingetragen gewesen sei, erschwert gewesen sei. Die Profile P 3 und P 4 zeigen eine 0,30 m bezw. 0,45 m unter der Wiesenfläche liegende, 0,22 bezw. 0,45 m breite Sohle und die Ministerialabteilung erklärt mit Bestimmtheit die Grabenstrecken z b und b e für die mit dieser Sohle erstellten künstlichen Betten der Wasserzuleitung. Die in den Quellabflüssen ausgeschachteten Profile P 1 und P 2 zeigen gleichfalls, daß der Grund des Gerinns in dem Profil P 1 0,10 m breit, in dem Profil P 2 0,14 m breit, in einer Tiefe von 0,28 bezw. 0,31 m liegt und das hydrographische Bureau bemerkt, daß diese Rinnsale, wenn sie sogar nach der steilsten zulässigen Böschung von 1 : $^1/_2$ ausgeschlagen würden, eine ansehnliche Breite, wie sie in der Zeichnung | 49 dargestellt ist, erhalten würden.

Der Röthelbach ist überhaupt in gewöhnlichen Zeiten kein wasserreicher Bach; das Wasser aber, welches von den beiden Quellen bei Punkt b in den künstlichen Wassergraben fließt, kommt in seiner Menge dem hier von oben herab im Röthelbach kommenden Wasser, wenn sie nicht größer ist, ganz oder nahezu gleich. Bei der Aufnahme des hydrographischen Bureaus wurde die Wassermenge der vereinigten Quellen etwas kleiner gefunden. Bei der Augenscheinseinnahme am 8. Juni 1903 aber wurde von dem Berichterstatter wahrgenommen, daß bei dem Punkte b das von den beiden Quellen zufließende Wasser das den Röthelbach herabfließende Wasser erheblich überstieg, und in dem Gutachten, das am 13. September 1899 der damalige Bauinspektor B.

in betreff der Erweiterung der Fischteichanlage des Fabrikanten M. abgegeben hat, ist die den Quellen entfließende Wassermenge sogar für weit überwiegend erklärt. Der Umstand, daß es bei der Quelle q_2 ausnahmsweise vorkommt, daß sie in Zeiten besonderer Trockenheit eine Zeit lang versiegt (nach der Ermittlung des hydrographischen Bureaus ist sie im Jahr 1902, in dem allerwärts über Wassermangel geklagt wurde, beständig geflossen), ist für sich allein nicht ausreichend, die öffentlich rechtliche Eigenschaft des Wasserabflusses aus dieser Quelle zu verneinen.

Es hat ferner die Quelle q_1, auch wenn der in neuester Zeit künstlich ausgehobene Schlitz dem anstoßenden natürlichen Terrain entsprechend wieder zugedeckt würde, nicht vollständig auf der dem Beklagten gehörigen Parzelle Nr. 1415, sondern teilweise auf der im Eigentum des Nachbars Oe. stehenden Parzelle Nr. 1485 ihren Ursprung und von der Quelle q_2 wird auf der ganzen Länge des Abflusses die Grenze zwischen den Parzellen Nr. 1415 und 1416, die erst seit dem Jahr 1876 in einer Hand vereinigt sind, in der Weise gebildet, daß eine Versteinung mit Marksteinen nicht vorhanden und der Graben als Grenzgraben auch in die Flurkarte aufgenommen ist, in die auch der Abfluß der Quelle q_1 eingezeichnet ist.

Ganz wesentlich aber kommt für die Annahme, daß die Quellen in ihrem Ursprung und Abfluß nicht als im Privateigentum stehend von altersher angesehen worden sind, in Betracht, wie von altersher der Abfluß der beiden Quellen mittels des Grabens von dem am Ende der Parzelle Nr. 1415 gelegenen Punkt z an künstlich nach dem Punkt b in den Röthelbach geleitet und als ein Teil des Gewässers des Röthelbachs dem Betrieb der Mühle dienstbar gemacht worden ist. Durch den Einzug des Zeugenbeweises ist auch bezüglich des Abflusses der beiden Quellen zu dem Betriebswasser der Mühle erwiesen worden, daß der vorhandene künstlich hergestellte Zustand von altersher bestanden hat; die Zeugen G. M., J. M., Ch. M. und K. M., J. F. und

Oe. und G. und K. S. haben nach ihren eigenen Wahrnehmungen und den Mitteilungen, welche sie von anderen erhalten haben, bekundet, daß die beiden Quellen von ihrer Vereinigung bei dem Punkte q ab regelmäßig (abgesehen von Störungen) über den Punkt z in der Richtung nach dem Punkte b, nicht nach dem Punkt c, geflossen sind, also mittels der Abdämmung bei dem Punkt z nach dem Punkt b geleitet worden sind, ohne daß die Bestellung einer privatrechtlichen Dienstbarkeit erfindlich ist.

Der vom Beklagten unternommene Gegenbeweis ist mißlungen. . . .

Dafür, daß namentlich der Abfluß aus der Quelle q_1 nicht Gegenstand des Privateigentums geworden oder geblieben ist, spricht außerdem die von den Zeugen M., Oe., F. und E. bezeugte Benützung teils zur Wiesenwässerung teils zum Wasserschöpfen, worüber das hydrographische Bureau gleichfalls Erhebungen gemacht hat. In dem Plan 48 sind nach Lage und Länge die heute noch deutlich erkennbaren Wässerungsgräben dargestellt, durch die in früheren Zeiten Wasser von der Quelle q_1 den Parzellen Nr. 1414, 1413 und 1412 (die Zeugen Ch. und K. M. nennen noch weitere bewässerte Wiesengrundstücke) zugeführt worden ist. Nach dem Bericht des hydrographischen Bureaus ist ein Recht auf Wässerung dieser Parzellen in dem Servitutenbuch der Gemeinde Welzheim nicht eingetragen und sind auch diese Grundstücke in der Beschreibung der Wässerungen der Markung nicht eingetragen; auch war, wie an der Hand der alten Güterbücher bis zum Jahr 1772 zurückverfolgt wurde, keine dieser drei Parzellen mit dem Quellgrundstück Parz. 1415 zu gemeinsamem Besitz vereinigt. Das hydrographische Bureau hat ferner erhoben, daß etwa 8,5 m unterhalb des Ursprungs der Quelle q_1 in deren Rinnsal auf der Parzelle 1415 ein 1,13 m langer, 0,95 m breiter und 0,56 m tiefer Holzkasten (den der Zeuge Ch. M. erwähnt) eingebaut ist, eine seit langer Zeit bestehende Einrichtung, welche zum Ausschöpfen des Quellwassers gedient hat; daß dieses Wasser-

schöpfen nicht bloß durch Eigentümer der Parzelle Nr. 1415 geschah und es sich außerdem nicht um die Ausübung einer privatrechtlichen Dienstbarkeit handelte, wird durch die Aussagen der Zeugen G. M., Oe., F. und E. bestätigt, daß — was auch von dem Beklagten nicht völlig in Abrede gestellt ist — früher und noch in neuerer Zeit bei andauernder Trockenheit von verschiedenen Personen, nicht bloß von den Bierbrauern zum Stern, denen die Parzelle Nr. 1415 gehörte, namentlich überhaupt von Bewohnern des oberen Teils der Stadt Welzheim Wasser geschöpft und mitunter in Fässern mit Fuhrwerken abgeführt worden sei; nach der Aussage des G. M. über diesen Gemeingebrauch hat damals die Stadtgemeinde die Grundeigentümer entschädigt, auf deren Grundstücken der Zugang zu der Quelle genommen wurde.

In Berücksichtigung der Gesamtheit der angeführten Umstände erachtet — im Einklang mit Art. 1 und 2 des Wassergesetzes vom 1. Dezember 1900 (vgl. Nieder, Wassergesetz für Württemberg zu Art. 1 Anm. 4 S. 21) — der Verwaltungsgerichtshof den Beweis als erbracht, daß die Eigenschaft eines öffentlichen Gewässers schon den beiden Quellabflüssen zukommt.

Hienach ist, da sich das Wassernutzungsrecht des Klägers an dem Röthelbach auch auf die beiden Quellabflüsse erstreckt, auch das Klagegesuch, daß der Beklagte der Störung des Wasserabflusses aus den Quellen und der Ableitung zu seiner Fabrik sich zu enthalten habe, gerechtfertigt.

Urteil vom 25. November 1903 in der B.S. Bareis gegen Munz.

2.

Zu Art. 3 Abs. 2 des Wassergesetzes vom 1. Dezember 1900. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde?

Die Stadtgemeinde Pfullingen hat am 30. Oktober 1901 beschlossen — indem sie ihren am 2. August 1901 gestellten Antrag auf Verleihung des Rechts zur Entnahme von Wasser

aus dem auf der Markung Oberhausen gelegenen Quellgebiet der „Sittere", eines öffentlichen Gewässers, zurücknahm —, das für eine Trink- und Nutzwasserversorgung der Stadt erforderliche Wasser in der Menge von 15 Sekundenliter auf dem von ihr auf der Markung Oberhausen in den „Bronnenwiesen" erworbenen Grundeigentum Parz. Nr. $\frac{732}{1,2}$ durch Bohrung zu gewinnen. In diesem durch das Oberamt Reutlingen der Regierung des Schwarzwaldkreises am 4. November 1901 vorgelegten Beschlusse ist das Gesuch gestellt, der Stadt auf Grund des Art. 3 — und zwar des Abs. 2 — des Wassergesetzes vom 1. Dezember 1900 die Ausführung der Wasserleitung von dem bezeichneten Grundeigentum aus zu gestatten und alle Einsprachen dagegen abzuweisen; zugleich ist um die Aufhebung des von der Kreisregierung am 2. September 1901 erlassenen Verbots, Wasser aus den Quellen in den „Bronnenwiesen" der Stadt Pfullingen zuzuleiten, gebeten. Am 29. Januar 1902 hat die Kreisregierung verfügt, daß dieses Verbot nur bezüglich der „Sittere"-Quellen in Geltung bleibe.

Auch die Stadtgemeinde Reutlingen war der Ausführung einer umfassenden Wasserversorgungsanlage auf den „Bronnenwiesen" näher getreten und im September 1901 hatte sie bei der Gemeinde Pfullingen ein gemeinsames Vorgehen durch einheitliche Quellenfassung und Führung einer einheitlichen Röhrenfahrt in Anregung gebracht, worauf die Stadtgemeinde Pfullingen die Bereitwilligkeit zur Ausführung einer gemeinsamen Quellfassung und Führung des beiderseitigen Röhrenstrangs in einem Graben in Aussicht stellte, aber eine gemeinsame Behandlung der von beiden Gemeinden an die Kreisregierung zu stellenden Gesuche ablehnte. Hierauf hat am 26. Oktober 1901 die Stadtgemeinde Reutlingen bei der Kreisregierung den Antrag eingereicht, der Stadt auf Grund des Art. 31 Ziff. 2 des Wassergesetzes das Recht zur Fassung des auf, bezw. in der ihr gehörigen — ganz in der Nähe der der Stadt Pfullingen gehörigen

Parz. Nr. $\frac{732}{1,2}$ gelegenen — Parz. Nr. 707 der Markung Oberhausen erschließbaren Wassers und zur Wegleitung von 60 Sekundenliter nach Reutlingen zu verleihen; auf die Gemeinsamkeit der Anlage mit derjenigen der Stadt Pfullingen ist dabei hingewiesen. Aus dem Inhalt der Eingabe und ihrer Beilagen ergab sich, daß es sich auch hier um ein Verfahren im Sinne des Art. 3 des Wassergesetzes und der §§ 2 ff. der Vollzugsverfügung vom 16. November 1901, nachdem diese am 10. Dezember 1901 veröffentlicht worden war, handle, und die Kreisregierung hat in der Folge die beiden Anträge in einem gemeinsamen Verfahren behandelt.

Demgemäß wurde von der Kreisregierung ungeachtet des von dem Vertreter der Stadtgemeinde Pfullingen gestellten Antrags, über das Unternehmen dieser Stadtgemeinde selbständig zu entscheiden, zur Verhandlung über beide Unternehmungen und die gegen sie von zahlreichen Werkbesitzern erhobenen Einsprachen eine gemeinsame mündliche Verhandlung auf die Tage vom 2. bis 4. September 1903 anberaumt. Im Laufe dieser Verhandlung faßte jedoch die Kreisregierung entsprechend dem von dem Vertreter der Stadt Pfullingen wiederholten Antrag und entgegen dem von dem Vertreter der Stadt Reutlingen erhobenen Widerspruch, den Beschluß, die Verhandlung und Entscheidung über die Anträge der beiden Stadtgemeinden zu trennen, weil die Wasserentnahmestellen verschieden seien, die Röhrenleitungen getrennt geführt werden und die Projekte zeitlich getrennt aufgetreten seien; nunmehr wurde die Verhandlung mit den Werkbesitzern auf das Unternehmen der Stadt Pfullingen und die gegen dieses erhobenen Einsprachen beschränkt, wobei der Vertreter der Stadt Pfullingen die für die Wasserversorgung zu erschließende Wassermenge von 15 Sekundenliter auf 12 Sekundenliter ermäßigte. In betreff des Unternehmens der Stadt Reutlingen wurde beschlossen, weitere Beweise von Amtswegen darüber aufzunehmen, ob die Ansicht des Professors Dr. F., daß „bloß ein kleiner Teil der

für die Stadt Reutlingen in Aussicht genommenen Quellen der Echaz zufließe", richtig sei oder nicht, und die Verhandlung über die Einsprachen bis zur Erledigung der Beweisaufnahme zu vertagen. In betreff des Unternehmens der Stadt Pfullingen wurde am 4. September 1903 der Bescheid verkündet: Die Unternehmerin sei verpflichtet, bei der Wasserentnahmestelle eine Vorrichtung anzubringen, wodurch sie gehindert werde, mehr als 12 Sekundenliter Wasser von den Quellen der Bronnenwiesen abzuleiten, dagegen werden die 20 Werkbesitzer, welche Einsprachen teils mit Anträgen auf Untersagung, eventuell auf Entschädigung, teils nur mit Anträgen auf Entschädigung erhoben hatten, durchgehends abgewiesen und ihnen die ihnen im Verfahren erwachsenen Kosten auferlegt; die Entscheidung ist damit begründet: der Sachverständige der Unternehmerin Professor Dr. F. habe in der Verhandlung vom 2. September die Ansicht ausgesprochen, es werde nur ein kleiner Teil des Wassers der gedachten Quellen der Echaz entzogen, während deren größerer Teil unter ihrem Bett liege und mit dem Grundwasserstrom abfließe; es möge dahingestellt bleiben, in wie weit diese Ansicht richtig sei; aber auch bei der Annahme, daß die 12 Sekundenliter Wasser, welche für die Wasserversorgung verwendet werden sollen, vollständig in die Echaz fließen würden, würde den Wasserbauanlagen der Antragsteller bei Mittelwasserstand, der hier allein maßgebend sei, nur 0,25% bis 1,70% (im einzelnen berechnet) Wasser entzogen und Wasserentnahmen in solch kleinen Mengen können nicht als beträchtliche Schädigungen der Werkbesitzer im Sinne des Art. 3 Abs. 2 des Wassergesetzes angesehen werden.

Gegen diesen Bescheid der Kreisregierung haben 17 der beteiligten Werkbesitzer Beschwerde an das K. Ministerium des Innern mit dem Antrag, den von ihnen an die Kreisregierung gestellten Gesuchen gemäß zu erkennen, und mit der Begründung erhoben, daß in erster Linie die Trennung der Entscheidung über den Antrag der Stadt Pfullingen von der über den Antrag der Stadt Reutlingen unbillig und un-

haltbar sei, in Wirklichkeit aber auch die Entnahme von 12 Sekundenliter Wasser aus dem Quellgebiet der Echaz, die übrigens das steigende Bedürfnis der Stadt Pfullingen nicht völlig decken werde, eine beträchtliche Schädigung der Werkbesitzer mit sich bringe. Am 19. Oktober hat hierauf das K. Ministerium die Entscheidung getroffen: es werde der Bescheid der Kreisregierung als unbegründet aufgehoben und es werden der Antrag der Stadtgemeinde Pfullingen auf Nichtbeanstandung ihres Vorhabens der Ableitung von Wasser aus dem Quellgebiet „Bronnenwiesen" der Markung Oberhausen zum Zweck der Ausführung einer Trink- und Nutzwasserversorgung, sowie die gegen diesen Antrag von einer größeren Anzahl von Werkbesitzern an der Echaz erhobenen Einsprachen zu erneuter Verhandlung und Entscheidung, welch letztere mit der Entscheidung über den gleichartigen Antrag der Stadtgemeinde Reutlingen zu treffen sei, an die Kreisregierung zurückverwiesen.

Gegen diese Entscheidung hat die Stadtgemeinde Pfullingen Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben, indem sie die Aufhebung der Entscheidung beantragte und das von Professor Dr. F. am 15. September 1902 erstattete Gutachten abschriftlich vorlegte, worin dieser die Erschließung des Quellgebiets unter dem Tuffstein und den Talschottern im anstehenden Jura und die Entnahme des Wassers mindestens unter dem Tuffstein vorschlägt und zunächst empfiehlt, über die Mächtigkeit des Tuffsteins durch eine Bohrung Gewißheit zu beschaffen.

Das eingelegte Rechtsmittel wurde zurückgewiesen.

Gründe:

Der § 2 Abs. 2 der von dem K. Ministerium des Innern am 16. November 1901 erlassenen Vollzugsverfügung entnimmt dem Art. 3 Abs. 2 des Wassergesetzes, die Erlassung einer Anordnung im Sinne dieser Gesetzesbestimmung sei nicht davon abhängig, daß durch die Wasserförderung oder Wegleitung eine Schädigung bereits eingetreten sei, vielmehr seien die Voraussetzungen für eine solche Anordnung

schon dann gegeben, wenn nur der Eintritt der Schädigung für den Fall der Ausführung des beabsichtigten Unternehmens als erwiesen zu erachten sei. Von der Stadtgemeinde Pfullingen ist aber mit der Rechtsbeschwerde des Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 nicht eine Verfügung der Verwaltungsbehörde, welche ihr die Förderung und Wegleitung unterirdischen Wassers untersagt oder nur unter der Auferlegung der Verpflichtung zur Leistung von Entschädigung gestattet, bei dem Verwaltungsgerichtshof mit der Behauptung angefochten, daß durch die Ausführung des Unternehmens, wie sie jetzt auf der Grundlage der Begutachtung des Professors Dr. F. geplant sei, der Wasserstand der Echaz, da das zu erschließende Grundwasser sie nicht verstärkt, gar nicht beeinträchtigt werde — welche Behauptung die Stadtgemeinde Pfullingen in der mündlichen Verhandlung vom 2. September d. J. und in ihrer an den Verwaltungsgerichtshof gerichteten Beschwerdeschrift sich mehr und mehr zu eigen gemacht hat, wiewohl in der Verhandlung vom 2. September der Sachverständige die Möglichkeit, daß der Grundwasserstrom weiter talabwärts teilweise der Echaz zufließe, nicht verneinen zu wollen erklärt hat. Vielmehr ist die Sachlage die, daß die Stadtgemeinde Pfullingen den Antrag an die Kreisregierung auf den Ausspruch der Nichtbeanstandung ihres Unternehmens gestellt, die Kreisregierung demgemäß ein Verfahren eingeleitet und das K. Ministerium mit der Aufhebung des von der Kreisregierung am 4. September d. Js. verkündeten Bescheids den Antrag aus dem Grunde abgelehnt hat, daß die Entschließung über die polizeiliche Beanstandung oder Nichtbeanstandung durch die Prüfung bedingt sei, ob die beabsichtigte dauernde Entnahme von 60 Sekundenliter Wasser durch die Stadtgemeinde Reutlingen und von 12 Sekundenliter durch die Stadtgemeinde Pfullingen aus dem Quellgebiet der Bronnenwiesen in ihrer kombinierten Wirkung den Wasserstand der Echaz so sehr beeinträchtige, daß hiedurch die Werkbesitzer an diesem Wasserlauf in dem ihnen zustehenden Wasserbezug in beträchtlichem

Maße als geschädigt erscheinen, und daß über das Unternehmen der Stadtgemeinde Reutlingen überhaupt noch nicht verhandelt worden sei, auch die Beweiserhebungen noch nicht abgeschlossen seien. Das K. Ministerium hat hiemit keine sachliche Entscheidung zu Ungunsten der Stadtgemeinde Pfullingen erlassen, sondern für das Verfahren eine Verfügung getroffen, welche zu treffen dem Ermessen des K. Ministeriums überlassen sein muß. Die in der Beschwerdeschrift vermißte weitere genügende Untersuchung und Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse wird eben durch die Ministerialentscheidung auch in bezug auf die Frage, ob die Vorbedingung für eine Untersagung oder Auferlegung der Verpflichtung zur Leistung von Entschädigung zutrifft, in die Wege geleitet.

Die Behauptung in der Beschwerdeschrift, daß durch die Ministerialentscheidung die Stadtgemeinde Pfullingen in einem ihr zustehenden subjektiven Recht verletzt sei, ist hienach nicht begründet und die von ihr erhobene Rechtsbeschwerde ist somit als unbegründet zurückzuweisen.

Urteil vom 9. Dezember 1903 in der Rechtsbeschwerdesache der Stadtgemeinde Pfullingen.

3.

Zu § 14 Abs. 2 der Ministerialverfügung vom 1. Juni 1894, betreffend die Ausübung der Fischerei.

Zur Verhinderung eines schädlichen Betriebs des Fischfangs innerhalb der Fischwege und ihrer Umgebung hat das Oberamt Backnang am 1. Juli 1903 auf Grund des Art 39 Ziff. 2 des Polizeistrafgesetzes vom $\frac{\text{27. Dezbr. 1871}}{\text{4. Juli 1898}}$ und des § 14 Abs. 2 der Minist. Verf. vom 1. Juni 1894, betreffend die Ausübung der Fischerei, eine am 1. Oktober 1903 in Kraft getretene bezirkspolizeiliche Verordnung erlassen. Nach § 1 dieser Verordnung sind die vorhandenen Fischwege („Fischleitern") für die Regel das ganze Jahr

über offen zu halten und mit ausreichendem Wasser zu versehen. Sodann bestimmt § 2: „In den Fischwegen selbst und in einem Umkreis von 40 m von denselben darf keinerlei Art des Fischfangs betrieben, insbesondere dürfen keinerlei Fanggeräte in den Fischwegen und in deren Umgebung aufgestellt oder befestigt werden. Nur in besonderen Fällen kann vom Oberamt Erlaubnis hiezu erteilt werden. Für die Fischwasser außerhalb der Murr wird der in Abs. 1 genannte Umkreis auf 10 m vermindert".

Der Architekt H.St. in H., welcher das Fischereirecht in der Murr von der Furt in Schleisweiler Gde. Sulzbach abwärts bis zur unteren Markungsgrenze von Sulzbach in Verbindung mit einem anderen erworben hat, hatte schon gegen die Erlassung der bezirkspolizeilichen Verordnung Widerspruch erhoben; nachdem sie von der Kreisregierung in Ludwigsburg für vollziehbar erklärt worden war, beschwerte er sich dagegen bei dem K. Ministerium des Innern, wurde jedoch mit dieser Beschwerde durch die Entscheidung des Ministeriums vom 20. Oktober 1903 abgewiesen. Die von St. gegen diese Ministerialentscheidung eingelegte Rechtsbeschwerde wurde zurückgewiesen.

Gründe:

I. Die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde ist im vorliegenden Falle nicht zu beanstanden. Durch die am 1. Oktober l. Js. vor der Einlegung der Rechtsbeschwerde in Kraft getretene bezirkspolizeiliche Verordnung, welche vom Ministerium als begründet erklärt worden ist, wird das dem Beschwerdeführer in Gemeinschaft mit einem anderen zustehende Fischereirecht eingeschränkt. Ermangelt diese Verordnung, wie der Beschwerdeführer behauptet, der Rechtmäßigkeit, so liegt ein unzulässiger polizeilicher Eingriff in ein dem Beschwerdeführer zustehendes Privatrecht vor, zu dessen Abwehr gemäß Art. 13 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 die Rechtsbeschwerde dient.

II. Dem eingelegten Rechtsmittel kann jedoch eine Folge nicht gegeben werden.

1) Die in Frage stehende bezirkspolizeiliche Verordnung ist vom K. Oberamt Backnang nach Vernehmung der Beteiligten und nach Anhörung des für den Neckarkreis amtlich bestellten Fischereisachverständigen erlassen worden, sie hat am 2. Juli 1903 die Zustimmung des Amtsversammlungsausschusses erhalten, ist am 21. Juli 1903 von der Kreisregierung in Ludwigsburg für vollziehbar erklärt und hierauf am 24. Juli im Amtsblatt für den Oberamtsbezirk Backnang ordnungsmäßig veröffentlicht worden. Hienach sind die formellen Anforderungen, welche das Polizeistrafgesetz vom 27. Dezember 1871 in Art. 51 bis 53 und die Minist.Verf. vom 1. Juni 1894 in § 14 Abs. 2 an eine solche Verordnung stellt, eingehalten. Der Beschwerdeführer kann aus diesen Anforderungen eine Einwendung gegen die Rechtmäßigkeit der Verordnung nicht ableiten.

2) Der Beschwerdeführer bemängelt die Rechtmäßigkeit der Verordnung aus folgenden Gründen: angesichts des Umstandes, daß sich nur innerhalb seines Fischwassers am Wehr in Sulzbach eine Fischleiter befinde, die übrigen Wehranlagen im Bezirke dagegen mit einer solchen Einrichtung nicht versehen seien, treffe die Verordnung in einseitiger und deshalb ungerechter Weise nur ihn und nicht die übrigen Fischereiberechtigten des Bezirks; auch verstoße diese Verordnung gegen § 16 Abs. 2 und 3 der Min.Verf. vom 24. Dezbr. 1889, soferne sie über das Notwendige weit hinausgehe; es sei nicht erforderlich, die Fischtreppe das ganze Jahr offen zu halten, jeglichen Fischfang hier zu verbieten und den Schonbezirk für die Umgebung so weit auszudehnen. Dagegen wird in der angefochtenen Ministerialentscheidung an der Zweckmäßigkeit sämtlicher Anordnungen festgehalten, übrigens darauf hingewiesen, daß der Beschwerdeführer nach § 2 Abs. 2 der Verordnung sich die Erlaubnis zum Wegfangen der in den Gumpen unterhalb der Wehranlagen mit Vorliebe sich aufhaltenden größeren Forellen vom Oberamt erwirken könne; die Zulässigkeit des angeordneten Verbots ergebe sich aus Art. 7 Abs. 2 des Gesetzes über

die Fischerei in der Fassung vom 7. Juni 1885, wonach durch Verordnung schädliche Betriebsarten des Fischfangs verboten werden können; nach dem Gang der ständischen Verhandlungen (vgl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1883/5 Beil. Bd. I Motive S. 1075--1079, Kommissionsbericht S. 1082—1084, Beratung Prot. Bd. S. 2732—39) sei hierunter nicht bloß der Gebrauch schädlicher Fangmittel und Fanggerätschaften, sondern auch die Anwendung sonstiger der Fischzucht nachteiliger Betriebsweisen, bei welchen der Erhaltung des Fischbestandes nicht gebührend Rechnung getragen werde, zu verstehen; auf Grund dieser gesetzlichen Bestimmung haben die Ministerien des Innern und der Finanzen in § 14 der gemeinsamen Verfügung vom 1. Juni 1894 den Oberämtern über den Schutz der Fischbestände im Bereiche der Fischwege besondere Weisungen erteilt, in deren Rahmen die fragliche Verordnung einen gesicherten Rechtsboden finde. Die vom Beschwerdeführer angezogene Ministerial-Verfügung vom 24. Dezbr. 1889 ist zwar durch den § 19 der Minist.-Verf. vom 1. Juni 1894 aufgehoben worden, die Vorschriften des § 16 der erstgenannten Verfügung, auf deren Inhalt sich der Beschwerdeführer beruft, sind aber im wesentlichen in den § 14 der geltenden Verfügung wieder aufgenommen worden, im übrigen hat jedoch das Ministerium zutreffend dargetan, daß die angefochtene Verordnung in dem § 14 der Ministerial-Verfügung vom 1. Juni 1894 und diese Bestimmung wiederum in dem Art. 7 Abs. 2 des Fischereigesetzes r e c h t l i c h e D e c k u n g findet. Sollte die Verordnung nach den zur Zeit vorliegenden tatsächlichen Verhältnissen nur auf das Fischwasser des Beschwerdeführers Anwendung finden, so ist sie doch allgemein gehalten und beim Zutreffen ihrer tatsächlichen Voraussetzungen für alle Fischwasser des Bezirks anwendbar; mit Grund kann ihr daher der Vorwurf einer einseitigen Benachteiligung des Beschwerdeführers nicht gemacht werden.

3) Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, die Verordnung mache ihm jede Art des Fischfangs in einem be-

stimmten Raume seines Fischwassers unmöglich, und bedeute daher die teilweise Enteignung eines ihm zustehenden Privatrechts, die nur gegen volle Entschädigung zulässig sei. Erwägt man jedoch, daß dem Beschwerdeführer das Fischereirecht von dem Weiler Schleisweiler an über den Ort Sulzbach hinaus, der in der Luftlinie etwa 3000 m von Schleisweiler entfernt liegt, bis zur Grenze der Sulzbacher Markung in der Murr zusteht, daß der von der Verordnung geschaffene und vom Beschwerdeführer beanstandete Sperrbezirk eine Längsausdehnung von nur 80 m hat, daß die Fische ihrer Natur nach sich nur zeitweise vorübergehend in diesem Sperrbezirk aufhalten, somit dem Beschwerdeführer die Möglichkeit ihres Fangs innerhalb seines Fischwassers ausreichend gewahrt bleibt und daß er zudem von dem Oberamt unter bestimmten Voraussetzungen die Erlaubnis zum Fangen der Fische in Sperrbezirk erhalten kann, so gewinnt man die Ueberzeugung, daß es sich im vorliegenden Falle nicht um die teilweise Entziehung eines Fischereirechts, sondern nur um die gesetzlich zulässige Einschränkung der Ausübung eines in seinem Bestande unveränderten Fischereirechts handelt.

4) Soweit im übrigen die Ausführungen des Beschwerdeführers gegen die Zweckmäßigkeit der angefochtenen Anordnung gerichtet sind, können sie vom Verwaltungsgerichtshof einer sachlichen Würdigung nicht unterzogen werden. In Fällen, wie der vorliegende, sind die Verwaltungsbehörden befugt, innerhalb der durch die Gesetze gezogenen Schranken nach freiem pflichtmäßigem Ermessen zu handeln; innerhalb dieser Schranken haben die Verwaltungsbehörden die Interessen der Allgemeinheit und der Einzelnen gegen einander zu prüfen und abzuwägen und gestützt auf das Gutachten von Sachverständigen die nach den Lehren der Wissenschaft und den Erfahrungen des Lebens zweckmäßig scheinenden Anordnungen zu treffen. Nach dieser Richtung sind die Anordnungen der Verwaltungsbehörden der Nach-

prüfung durch den Verwaltungsgerichtshof entzogen.

Urteil vom 16. Dezember 1903 in der Rechtsbeschwerdesache des H. St. von H.

4

Zeugnisse der Rechtskraft (§ 706 C.P.O.) sind im verwaltungsgerichtlichen Parteistreitverfahren nicht zu erteilen.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

Aus dem Art. 72 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 läßt sich nicht ableiten, daß die Bestimmungen des § 706 der C.P.O. über die Erteilung des Zeugnisses über die Rechtskraft der Urteile (und sonstiger Entscheidungen) in dem verwaltungsgerichtlichen Parteistreitverfahren entsprechende Anwendung finden. In der C.P.O. steht die Erteilung dieses Zeugnisses als das der obsiegenden Partei in die Hand gegebene Mittel der Beibringung des Nachweises der eingetretenen Rechtskraft und der Sicherung künftigen Nachweises der unabänderlich gewordenen Feststellung des früher bestrittenen Rechtsverhältnisses insofern mit dem Parteibetrieb des Prozesses im Zusammenhang, als im Falle der Beiziehung der Akten des Civilprozesses, da nur ausnahmsweise die Zustellung des Urteils von Amtswegen erfolgt und Zustellungsurkunden zu den Akten gebracht werden, den Akten regelmäßig nicht ohne weiteres der Eintritt der Rechtskraft und der Zeitpunkt dieses Eintritts entnommen werden kann. Bei der Erlassung des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 ist ein Bedürfnis, die dem früheren württembergischen Prozeßrecht unbekannte Erteilung des Zeugnisses über die Rechtskraft des Urteils auch für das verwaltungsgerichtliche Parteistreitverfahren einzuführen, darum, weil es bei der Zustellung der Entscheidungen von Amtswegen verblieben ist, nicht eingetreten und sind überhaupt die selbständigen Befugnisse und Obliegenheiten, welche die C.P.O. den Gerichtsschreibern

der bürgerlichen Gerichte zuweist, den Kanzleibeamten der Verwaltungsgerichte nicht beigelegt worden. Als daher bei der Beratung des Art. 58 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 als übereinstimmende Ansicht der gesetzgebenden Faktoren konstatiert wurde, daß es in Sachen der Verwaltungsrechtspflege bei den in den bestehenden Gesetzen enthaltenen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung verbleibe, sind unter den unanwendbaren Bestimmungen der künftigen deutschen Civilprozeßordnung die Vorschriften, welche in dem von der Zwangsvollstreckung handelnden achten Buch der C.P.O. über die Erteilung des Zeugnisses der Rechtskraft enthalten sind, mitverstanden worden, wenn schon nach der Auslegung, welche im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung der § 706 der C.P.O. gefunden hat, er hier nicht an der richtigen Stelle steht. Bei der Erlassung des Gesetzes vom 18. August 1879, dessen Art. 1 bis 6 an die Stelle des Art. 58 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 getreten sind, ist in der von der Kreisregierung angeführten Weise die Absicht, daß auch fortan Zeugnisse über die Rechtskraft der Urteile nicht erteilt werden sollen, zum Ausdruck gebracht worden.

Mit der Verneinung einer aus Art. 72 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 sich ergebenden entsprechenden Anwendbarkeit der Vorschriften des § 706 der C.P.O. über die Erteilung des Zeugnisses über die Rechtskraft der Urteile will nun aber keineswegs gesagt werden, daß den Beteiligten auf ihre Anfrage keine Auskunft darüber, ob die Einlegung eines Rechtsmittels innerhalb der Notfrist von der Gegenpartei erfolgt ist, aus den Akten zu geben sei; in der Tat wird, wenn nicht ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil ergangen ist, erst durch Auskunftserteilung die obsiegende Partei in den Stand zur Beurteilung gesetzt, ob sie bei dem Verwaltungsgericht erster Instanz nach Art. 2 des Gesetzes vom 18. August 1879 den Antrag auf Erlassung der Vollstreckungsverfügung einreichen oder einen Antrag auf Festsetzung der Prozeßkosten stellen kann. Die Kanzlei-

direktion des Verwaltungsgerichtshofs hat denn auch seither keinen Anstand genommen, die ihr zu Gebot stehende Auskunft auf die Anfrage der Beteiligten zu geben. In den Verwaltungsstreitsachen, über welche der Verwaltungsgerichtshof in der Berufungsinstanz entscheidet, kann, wenn die Akten nicht vorgelegt sind und von dem Gesuchsteller Anhaltspunkte in betreff des Laufs der Berufungsfrist für die unterlegene Partei nicht gegeben werden, die Auskunft nur dahin erteilt werden, daß bis jetzt eine Berufungsschrift der Gegenpartei bei dem Verwaltungsgerichtshof nicht eingereicht und auch von dem Untergericht nicht vorgelegt worden sei. Bei den Verwaltungsgerichten erster Instanz wird, wenn mit der Beantwortung der Anfrage nach dem Ablauf der Berufungsfrist zweckentsprechend einige Tage zugewartet wird, eine dienliche Auskunft dahin erteilt werden, daß innerhalb der Notfrist die Berufungsschrift bei der Kreisregierung nicht eingereicht worden sei und auch bis jetzt von dem Verwaltungsgerichtshof die Akten nicht eingefordert worden seien; selbstverständlich steht aber einer Erkundigung des bei der Kreisregierung mit den Geschäften des Sekretariats betrauten Kanzleibeamten bei der Kanzleidirektion des Verwaltungsgerichtshofs nichts entgegen.

Der klägerische Prozeßbevollmächtigte hat nicht das Verlangen gestellt, daß von dem Verwaltungsgerichtshof in Ausübung der ihm nach Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 zustehenden Dienstaufsicht der Kreisregierung aufgegeben werde, ihm durch das Sekretariat aus den Akten eine Auskunft der bezeichneten Art erteilen zu lassen; hätte der klägerische Prozeßbevollmächtigte an das Sekretariat der Kreisregierung eine Anfrage in diesem Sinne anstatt des Gesuchs, ihm auf der vorgelegten Urteilsausfertigung nach Ablauf der Berufungsfrist die Rechtskraft des Erkenntnisses zu beurkunden, gerichtet, so wäre ihm nicht wohl die Auskunft versagt worden. Der klägerische Prozeßbevollmächtigte hat vielmehr das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 72 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 in Verbindung

mit §§ 567 ff. der C.P.O. wegen der Ablehnung der Erteilung des Zeugnisses der Rechtskraft des Urteils erhoben. Dieses Rechtsmittel ist als unbegründet zurückzuweisen.

Beschluß vom 28. Oktober 1903 in der Beschwerdesache der K.B.K. b. E.K.

5.

Zu Art. 2 Ziff. 1, Art. 10 Ziff. 17 und Art. 15 Ziff. 3 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876. Zulässigkeit des verwaltungsgerichtlichen Parteistreitverfahrens über den Anspruch eines Mesners auf Bezahlung einer Taufgebühr.

In der Gemeinde E. hat die Trennung des Mesnerdienstes vom Schulamte noch nicht stattgefunden, so daß als erster Volksschullehrer der Kläger N. den Mesnerdienst in der bisherigen Weise fortzuversehen hatte. Zu seiner Unterstützung ist ein Mesnergehilfe bestellt; er wird vom Lehrermesner gewählt und entlassen, seine Wahl und Entlassung bedarf aber der Genehmigung des Kirchengemeinderats. Der Mesnergehilfe hat neben den vorzugsweise der bürgerlichen Gemeinde dienenden Mesnerfunktionen unter anderem die Bedienung des Geistlichen bei Haustaufen zu besorgen, während der Lehrermesner die Taufgeräte aufzubewahren, vor und nach Gebrauch zu reinigen und dem Hilfsmesner bei jeder einzelnen Taufhandlung zu übergeben und wieder abzunehmen hat (vgl. Konsistorialerlaß vom 24. Juli 1865, Amtsbl. S. 1009). In E. hat der Lehrermesner als Taufgebühr herkömmlich 70 Pf. (früher 12 kr.) anzusprechen und es hat der Kirchengemeinderat im Jahr 1895 ausdrücklich im Hinblick darauf, daß die Haustaufen häufiger werden und dem Schullehrer die kompetenzmäßige Gebühr dadurch entgangen sei, beschlossen, es solle den Hebammen und den Vätern, welche Haustaufen wünschen, gesagt werden, daß sie auch dem Schullehrer die Gebühr zu entrichten haben. Ob und welche Gebühr der Mesnergehilfe, welcher seinen regel-

mäßigen Gehalt aus der Gemeinde- und der Kirchenpflege bezieht, für seine Tätigkeit bei einer Haustaufe zu beziehen hat, darüber haben die angestellten Ermittelungen nichts Sicheres ergeben. Am 17. Dezember 1901 hat der Beklagte F. St. seinen Sohn zu Hause durch den Geistlichen, der dabei durch den Mesnergehilfen bedient wurde, taufen lassen und neben der Gebühr des Geistlichen dem Mesnergehilfen 1 M. bezahlt. Dem Kläger hat er eine Gebühr nicht bezahlt und er wurde von diesem, nach vorausgegangenem Schuldklagverfahren, bei der Kreisregierung in Ludwigsburg mit dem Antrag verklagt, an ihn, Kläger, den Betrag von 70 Pf. nebst Zins vom Tage des Zahlungsbefehls an zu bezahlen. Dem gegenüber machte der Beklagte geltend, daß er mit der Zahlung der 1 M. an den Hilfsmesner seiner Schuldigkeit genügt habe; der Mesner solle das Geld von diesem erheben und, wenn er das nicht wolle, den Dienst selbst versehen.

Von der Kreisregierung wurde aus dem Gesichtspunkte, daß die beanspruchte Taufgebühr sich als Teil der Besoldung des Klägers darstelle, durch Urteil vom 13. Dezember 1902 die Klage auf Grund des Art. 2 Ziff. 1 und des Art. 15 Ziff. 3 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 wegen Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat der Verwaltungsgerichtshof diese Entscheidung aufgehoben.

Aus den

Gründen:

Zwar finden die Bestimmungen des Art. 2 Ziff. 1 und des Art. 15 Ziff. 3 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 auch auf die im öffentlichen Kirchen- und Schuldienst stehenden Diener, somit auch auf die Lehrermesner Anwendung. Die Taufgebühr ist sodann ... nur ein zufälliger und unständiger Nebenbezug; sie ist zwar in den Gehalt der Schulstellen nicht einzurechnen,

Volksschulges. vom 29. Sept. 1836 Art. 34 verb. mit Art. 7 des Schulges. vom 25. Mai 1865 und den Art.

12 u. 29 Abs. 2 des Schulges. vom 31. Juli 1899, sie bildet aber begrifflich einen Teil des Berufseinkommens des Lehrermesners. Die Taufgebühr ist indessen grundsätzlich verschieden von den Nebenbezügen, welche das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege in den angeführten Artikeln im Auge hat. Nach diesem Gesetz gehören zu den ständigen Bezügen neben dem Gehalt die Aversalentschädigung für Kanzleikostenaufwand, das Taggeld, soferne es die den Jahresgehalt vertretende Belohnung des Beamten bildet, der Genuß der Dienstwohnung, die Mietzinsentschädigung u. dergl. und werden zu den unständigen Bezügen gerechnet Diäten und Reisekosten, Gebühren für besondere Dienstleistungen, Entschädigung für besonderen Amtsaufwand u. s. w. (Hohl, Ges. über die Verwaltungsrechtspflege S. 37 f., S. 60, S. 83 f., S. 151 f.). Hier handelt es sich also durchweg um Forderungen, welche von den Beamten gegen öffentliche, zur Leistung verpflichtete Kassen (des Staats, der bürgerlichen Gemeinde, der Kirchengemeinde u. s. w.) geltend zu machen sind, wobei es gleichgültig ist, ob die öffentliche Kasse zur Erfüllung *ihrer* Verpflichtung gewisse dazu bestimmte Leistungen dritter in Anspruch zu nehmen befugt ist oder nicht (vergl. z. B. Art. 13 Abs. 2 des Schulgesetzes vom 31. Juli 1899), und handelt es sich nicht um Forderungen, welche den Beamten aus dienstlichen Verrichtungen unmittelbar gegen den dritten erwachsen, der sie veranlaßt hat. Dies wird bei unständigen Bezügen noch besonders dadurch außer Zweifel gestellt, daß Streitigkeiten hierüber die Dienstaufsichtsbehörde endgültig zu entscheiden berufen ist, was sich nur auf Streitigkeiten zwischen dem Bezugsberechtigten und der zahlungspflichtigen öffentlichen Kasse beziehen kann. Es können daher auch unter den „Gebühren für besondere Dienstleistungen", welche in den Motiven unter den unständigen Bezügen aufgeführt sind, trotz der Allgemeinheit der Ausdrucksweise in diesem Zusammenhange nur solche Gebühren für amtliche Verrichtungen verstanden werden, welche von öffentlichen Kassen zu honorieren sind. Im Gegensatz zu diesen Bezügen

stellt die Taufgebühr eine Forderung dar, welche dem Lehrermesner gegen den zur Leistung verpflichteten dritten zusteht und zwar unmittelbar und ohne jede Vermittlung einer öffentlichen Kasse; denn auch die gesetzliche Vorschrift, daß die Zahlung der Gehalte der Volksschullehrer durch eine der öffentlichen Kassen, welche die Kosten der Volksschule zu bestreiten haben und an welche auch die Leistungen dritter zu entrichten sind, zu erfolgen hat,

Volksschullehrergesetz vom 30. Dezember 1877 Art. 5;
Schulgesetz vom 31. Juli 1899 Art. 3,

kann sich auf die in den Gehalt des Lehrermesners nicht einzurechnende Taufgebühr nicht beziehen. Die Gebühr ist die Vergütung für eine Mühewaltung, aber nicht privatrechtlicher, sondern öffentlichrechtlicher Natur, da sie ihren Grund in dem öffentlichen Kirchendienst und dessen Inanspruchnahme hat. Es findet daher ebenso, wie wenn der Anspruch auf die Leistung des dritten für einen kirchlichen Zweck von der Kirchengemeinde geltend zu machen ist, insbesondere eine Kirchensteuerumlage in Frage steht,

Art. 73, 90 des Gesetzes vom 14. Juni 1887 über die Vertretung der evangelischen Kirchengemeinden ꝛc.,

gemäß Art. 10 Ziff. 17 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege der Verwaltungsrechtsweg statt und war demgemäß das Urteil I. Instanz aufzuheben.

An der Prozeßführung des Klägers ohne Ermächtigung der Aufsichtsbehörde fand der Verwaltungsgerichtshof in Uebereinstimmung mit der Aeußerung des darüber um Auskunft ersuchten K. Evangelischen Konsistoriums kein Bedenken.

Urteil vom 28. Oktober 1903 in der V.S. Niethammer gegen Stäbler.

6.

Zu Art. 6 des Gesetzes vom 31. Juli 1899, betreffend die Einkommensverhältnisse der Volksschullehrer ꝛc. Kann ein besonderes Dienstaltersvorrückungssystem von der

Gemeinde für die Schulstellen nur einer Konfession eingeführt werden? Mangelnde Rechtsverbindlichkeit des unter einer nicht eingetretenen Voraussetzung ergangenen Beschlusses der bürgerlichen Kollegien.

Das Volksschulgesetz vom 31. Juli 1899 regelt in Art. 1 und 2 die pensionsberechtigten Mindestgehalte für die ständigen Lehrer an der Volksschule im Rahmen von 1200 bis 2000 M. und das System der Gehaltsvorrückung. Der Art. 6 stellt den größeren Gemeinden anheim, mit Genehmigung der Oberschulbehörde ein besoderes Dienstaltersvorrückungssystem einzuführen, wobei die Anfangsgehalte mindestens 1400 M. betragen und nach 29 Dienstjahren unter Einhaltung der in Art. 1 festgesetzten Dienstaltersstufen bis zu mindestens 2500 M. steigen und gewährt den Gemeinden in diesem Falle für jede ständige Lehrerstelle einen jährlichen Staatsbeitrag von 300 M. Bei der Verabschiedung dieses Gesetzes stand den bürgerlichen Kollegien in U. auf Grund besonderer Zugeständnisse der Oberschulbehörde ein Mitwirkungsrecht bei der Besetzung der Lehrerstellen sowohl an der evangelischen als an der katholischen Volksschule zu. Behufs Erhaltung dieses Mitwirkungsrechts haben die bürgerlichen Kollegien in U. am 26. Oktober 1899 mit Wirkung vom 1. Oktober 1899 an die Einführung eines besonderen Dienstaltersvorrückungssystems für die Volks- und Mittelschullehrer im Rahmen von 1500 bis 2700 M. bezw. 1600 bis 2800 M. beschlossen „in der Voraussetzung, daß die von hoher evangelischer Oberschulbehörde durch Erlaß vom 4. Januar 1895 gegebene Zusage betreffend Befürwortung der Weitererstreckung des bisherigen Mitwirkungsrechts der hiesigen Kollegien bei Besetzung der ständigen evangelischen Volks- und Mittelschulstellen auch fernerhin in Kraft bleibt und daß das den bürgerlichen Kollegien bezüglich der Besetzung der ständigen katholischen Volksschulstellen zustehende Mitwirkungsrecht in gleicher Weise wie bei den evangelischen Schulstellen weitererstreckt wird“. Dieser Beschluß der bürgerlichen Kol-

legien wurde vom Evangelischen Konsistorium mit Erlaß vom 22. Dezember 1899 genehmigt mit dem Bemerken, daß wegen der künftigen Regelung der Mitwirkung der Gemeindebehörden bei der Besetzung von erledigten Stellen besondere Entschließung nachfolgen werde. Diese besondere Entschließung ist mit Erlaß vom 12. Juni 1900 in der Weise erfolgt, daß der Gemeinde, übrigens ohne Anerkennung eines Rechtsanspruchs, die schon früher gemachte Einräumung wieder zugestanden wurde, daß vor Besetzung jeder erledigten Stelle dem Ortsschulrat die Liste sämtlicher Bewerber unter Durchstrich der nicht geeigneten mitgeteilt wird und der Ortsschulrat bezw. der Gemeinderat sodann drei Bewerber vorschlägt. Hierauf haben die bürgerlichen Kollegien am 5. Juli 1900 beschlossen, „diese Zusage zu acceptieren und hiernach die unterm 26. Oktober v. Js. beschlossene Gehaltsordnung auf die Dauer des Inkraftbleibens dieser Zusage mit Wirkung vom 1. Oktober v. J. für die evangelischen Schulen ins Leben treten zu lassen".

Dagegen hat die Katholische Oberschulbehörde mit Erlaß vom 3. Januar 1900 eine Verlängerung der im Jahre 1891 auf die Dauer von 10 Jahren abgeschlossenen Uebereinkunft über das Mitwirkungsrecht der Gemeindebehörden bei Besetzung erledigter katholischer Volksschulstellen abgelehnt und ist bei dieser Ablehnung trotz wiederholten Vorstellungen der bürgerlichen Kollegien beharrt.

Die bürgerlichen Kollegien haben daher am 18. September 1900 in Abänderung des Kollegialbeschlusses vom 26. Oktober 1899 bezüglich der Gehalte der katholischen Lehrer beschlossen, nach Wegfall des städtischen Mitwirkungsrechts bei der Stellenbesetzung für die dann anzustellenden ständigen Lehrer und Lehrerinnen die gesetzlichen Gehaltssätze und Vorrückungsfristen zur Anwendung zu bringen. Der Katholische Kirchenrat hat mit Erlaß vom 9. November 1900 das von den bürgerlichen Kollegien beschlossene Dienstaltersvorrückungssystem genehmigt, den auf die Zukunft bezüglichen Beschluß dagegen als unzulässig be-

zeichnet, worauf die bürgerlichen Kollegien in der Sitzung vom 13. Dezember 1900 die Prüfung der hiefür angeführten Gründe der Beratung und Antragstellung der Finanzkommission überwiesen.

Anläßlich der Errichtung zweier neuer ständiger katholischer Lehrstellen am 19. September 1902 beschloß der Gemeinderat, sie in Gemäßheit des Beschlusses vom 18. September 1900 nur mit dem gesetzlichen Mindestgehalt auszustatten, und beharrte dabei gegenüber einem Erlaß des K. Katholischen Kirchenrats vom 21. Oktober 1902, der diesen Beschluß für unzulässig erklärte. Nun genehmigte der K. Katholische Kirchenrat mit Erlaß vom 13. Januar 1903 die Errichtung der beiden neuen Schulstellen und ordnete zugleich an, „daß auf Grund des in der Stadtgemeinde U. eingeführten besonderen Dienstaltersvorrückungssystems im Sinne des Art. 6 des Gesetzes vom 31. Juli 1899 für diese zwei Lehrstellen je ein Gehalt von 1500 bis 2700 M. nach der bestehenden durch Erlaß vom 9. November 1900 genehmigten Gehaltsskala nebst der Mietzinsentschädigung geleistet werde, wozu der Gemeinde U. ein jährlicher Staatsbeitrag von 300 M. für jede Stelle gewährt werde". Die Beschwerde des Gemeinderats U. gegen diese Verfügung wurde vom K. Ministerium des Kirchen- und Schulwesens mit Entscheidung vom 19. März 1903 als unbegründet verworfen: habe sich einmal eine Gemeinde für das besondere Dienstaltersvorrückungssystem entschlossen, so finde dasselbe auf die sämtlichen ständigen Schulstellen des betreffenden Orts Anwendung und es erscheine nicht als zulässig, dieses System nur für bestimmte Lehrer zur Anwendung zu bringen oder einzelne Stellen von dieser Gehaltsordnung auszunehmen.

Gegen diese Ministerialentscheidung hat die Stadtgemeinde U. die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof eingelegt und beantragt zu erkennen:

daß die Verfügung des K. Ministeriums des Kirchen- und Schulwesens bezw. die Anordnung des K. Katholischen Kirchenrats im Gesetz nicht begründet und daher

die Stadtgemeinde U. nicht verpflichtet sei, die genannten beiden katholischen Volksschulstellen, sowie überhaupt alle vom 1. Dezember 1901 an — dem Tag des Wegfalls des bis dahin der Stadtgemeinde U. zugestandenen Mitwirkungsrechts bei Besetzung der katholischen Volksschulstellen — neu zu besetzenden und neu zu errichtenden Stellen an der katholischen Volksschule hier mit höheren als den in Art. 1 und 20 des Gesetzes vom 31. Juli 1899 festgestellten Gehältern auszustatten, daß hiernach insbesondere eine Verpflichtung zur Reichung der Gehälter nach dem besonderen Dienstaltersvorrückungssystem für diese Schulstellen nicht bestehe.

Mit Urteil vom 16. September 1903 hat der Verwaltungsgerichtshof die Ministerialentscheidung außer Wirkung gesetzt.

Gründe:

Die Einführung des besonderen Dienstaltersvorrückungssystems im Sinne des Art. 6 des Gesetzes ist der freien Entschließung der Gemeinde überlassen; sie erfordert eine Erklärung der gesetzlichen Vertreter der Gemeinde, aus welcher sich in einer rechtlich nicht zu beanstandenden Weise der auf die Einführung des besonderen Systems gerichtete Wille der Gemeinde ergibt. Die angefochtene Entscheidung geht davon aus, die bürgerlichen Kollegien von U. haben mit den Beschlüssen vom 26. Oktober 1899 und vom 18. September 1900 für die ständigen Volksschulstellen in U. ein bestimmtes Dienstaltersvorrückungssystem eingeführt und nur für die nach dem 1. Dezember 1901 zur Besetzung kommenden katholischen Schulstellen einen gesetzlich unzulässigen Vorbehalt gemacht. Dieser Auffassung vermag der Verwaltungsgerichtshof bei einer umfassenden Prüfung und Würdigung der in Betracht kommenden Beschlüsse der bürgerlichen Kollegien und des zwischen denselben bestehenden inneren Zusammenhangs nicht beizutreten.

1) Ein ausdrücklicher endgültiger Beschluß der bürgerlichen Kollegien unmittelbar gerichtet auf die Ein-

führung des besonderen Dienstaltersvorrückungssystems für die katholische Volksschule liegt nicht vor. Am 26. Oktober 1899 haben die bürgerlichen Kollegien die Einführung dieses besonderen Systems für die Volks- und Mittelschule an die Voraussetzung der Fortdauer des städtischen Mitwirkungsrechts bei der Besetzung der evangelischen und katholischen Schulstellen geknüpft; diese Voraussetzung besteht bezüglich der katholischen Schulstellen seit dem 1. Dezbr. 1901 nicht mehr; infolge des Wegfalls der Voraussetzung hat daher — abgesehen zunächst von weiteren Beschlüssen — die Willenserklärung vom 26. Oktober 1899 für die Zeit seit 1. Dezbr. 1901 ihre rechtliche Wirksamkeit verloren. Auf diesen Standpunkt haben sich auch die bürgerlichen Kollegien mit ihren Beschlüssen vom 18. September 1900 unzweideutig gestellt; nach diesen Beschlüssen soll die besondere Gehaltsordnung nur auf die bis Dezember 1901 während der Fortdauer des städtischen Mitwirkungsrechts an der katholischen Volksschule angestellten ständigen Lehrer und Lehrerinnen Anwendung finden, dagegen sollen vom 1. Dezember 1901 an für die katholische Volksschule die gewöhnlichen gesetzlichen Gehaltssätze und Vorrückungsfristen Platz greifen, also ein besonderes Gehaltssystem nach Art. 6 des Gesetzes ausgeschlossen sein. Wenn hierauf die katholische Oberschulbehörde mit dem Erlaß vom 9. November 1900 „das von den bürgerlichen Kollegien in U. am 18. September 1900 bezw. 26. Oktober 1899 beschlossene Dienstaltersvorrückungssystem" genehmigt und zugleich den für die Zukunft bezüglich der katholischen Volksschule maßgebenden weiteren Beschluß aus seinem Zusammenhang mit der gesamten Entschließung losgelöst und nach dieser Trennung als einen rechtlich unzulässigen Vorbehalt zurückgewiesen hat, so ist sie der wirklichen Willenserklärung der bürgerlichen Kollegien in U. nicht gerecht geworden, hat dieselbe vielmehr verkannt und ihr in künstlicher Weise eine nicht beabsichtigte Rechtswirkung beigelegt. Aufgabe der katholischen Oberschulbehörde wäre es vielmehr gewesen, die bürgerlichen Kollegien auf die Unzu-

lässigkeit einer verschiedenen Behandlung der Gehaltsverhältnisse in der evangelischen und in der katholischen Volksschule hinzuweisen und auf dieser Grundlage eine Entschließung über eine gleichmäßige Regelung dieser Gehaltsverhältnisse für die Zukunft zu veranlassen. Den Erlaß der katholischen Oberschulbehörde vom 9. November 1900 haben die bürgerlichen Kollegien von U. zwar nicht angefochten, allein eine nachträgliche stillschweigende Zustimmung zu dem darin genehmigten Gehaltssystem kann ihnen schon deshalb nicht unterstellt werden, weil sie sofort nach der Eröffnung des Erlasses in der Sitzung vom 13. Dezember 1900 die Prüfung seiner Gründe der Beratung und Antragstellung der Finanzkommission überwiesen und im ersten Falle seiner praktischen Anwendung am 19. September 1902 dagegen Widerspruch erhoben haben.

2) Die mittelbare Einführung eines besonderen Gehaltssystems für die nach dem 1. Dezbr. 1901 neu zu schaffenden oder neu zu besetzenden Stellen an der katholischen Volksschule in U. läßt sich unter den vorliegenden Umständen daraus nicht folgern, daß ein solches Gehaltssystem für die evangelische Volks- und Mittelschule eingeführt worden ist, und nach den Vorschriften des Gesetzes notwendig die sämtlichen Schulstellen innerhalb einer Gemeinde umfassen muß. Mit dem K. Ministerium des Kirchen- und Schulwesens ist davon auszugehen, daß nach Art. 6 des Gesetzes das besondere Dienstaltersvorrückungssystem auf alle ständigen Schulstellen einer Gemeinde ausgedehnt werden muß und nicht auf die Volksschule einer Konfession beschränkt werden darf. Nun haben die bürgerlichen Kollegien mit Beschluß vom 5. Juli 1900 eine besondere Gehaltsordnung für die evangelische Volks- und Mittelschule nicht unbedingt eingeführt, sondern deren Bestand von der Fortdauer des von der evangelischen Oberschulbehörde zugestandenen Mitwirkungsrechts bei der Besetzung der Schulstellen abhängig gemacht. Zudem haben sich die bürgerlichen Kollegien bei dieser Beschlußfassung in dem durch das Verhalten der evangelischen

Oberschulbehörde, welche die einseitig für die evangelischen Schulen beschlossene Gehaltsordnung ohne Anstand genehmigt hat, unterstützten Glauben befunden, daß bei der Entschließung über die Frage der Einführung einer besonderen Gehaltsordnung eine Trennung zwischen der evangelischen und katholischen Volksschule zulässig sei. Nachdem sich diese Annahme der bürgerlichen Kollegien gemäß der Entscheidung des Ministeriums als eine irrtümliche erwiesen hat, entbehrt auch der durch diesen wesentlichen Irrtum beeinflußte Beschluß der Rechtsbeständigkeit. Hiernach liegt auf der notwendigen Grundlage der Einführung einer für die evangelische und katholische Volksschule gemeinsamen Gehaltsordnung eine rechtsverbindliche und einwandfreie Entscheidung der bürgerlichen Kollegien in U. überhaupt nicht vor; es kann deshalb davon nicht die Rede sein, einen Gemeindebeschluß, welcher die Einführung einer besonderen Gehaltsordnung auf die evangelischen Schulen beschränkt und hier von der Fortdauer einer für die katholische Volksschule nicht mehr zutreffenden Befugnis abhängig macht, über den 1. Dezember 1901 hinaus ohne weitere entsprechende Beschlußfassung der bürgerlichen Kollegien auf die katholische Volksschule zu erstrecken.

Nach dem Ausgeführten kann in Ermanglung einer rechtsverbindlichen Willenserklärung der Stadtgemeinde U. bezüglich der beiden am 19. September 1902 neu errichteten ständigen Stellen an der katholischen Volksschule in U., um welche es sich in der vorliegenden Rechtsbeschwerdesache allein handelt, eine über die gesetzlichen Gehaltsanforderungen hinausreichende Verpflichtung der Beschwerdeführerin nicht anerkannt werden.

Urteil vom 16. September 1903 in der Rechtsbeschwerdesache der Stadtgemeinde U.

7.

Zu Art. 1 des Erbschaftssteuergesetzes vom 26. Dezem-

ber 1899. Ansatz der Erbschaftssteuer auf Grund eines Vergleichs.

Durch Urteil des Amtsgerichts Stuttgart Amt vom 22. Juni 1901 ist der verschollene Ludwig Z. von B., geboren am 13. Februar 1857, für tot erklärt worden auf Antrag seines Abwesenheitspflegers F. R., von dem glaubhaft gemacht wurde, daß Ludwig Z. im Jahre 1879 sich von B., seinem letzten Wohnsitz im Inland, entfernt habe und nach niederländisch Indien als Soldat ausgewandert sei und daß die letzte Nachricht von ihm im Jahre 1883 eingelaufen sei; als Todestag wurde der 1. Januar 1900 festgesetzt. Bei den Ermittelungen, die das Nachlaßgericht B. wegen der Vererbung des von dem Abwesenheitspfleger verwalteten Vermögens anstellte, ergab sich, daß Ludwig Z. im Jahre 1878 sich in Plüderhausen mit Sophie geb. A. von da verheiratet hatte. Diese Witwe des für tot erklärten Z., die jetzt in New-York wohnt, machte ihre Erbansprüche auf das pflegschaftlich verwaltete Vermögen geltend und am 9. Oktober 1901 stellte der Vorsitzende des Nachlaßgerichts zu den Akten fest, daß, da keine Erben der ersten und zweiten Ordnung und auch keine Großeltern des Z. am Leben seien, die Witwe nach § 1931 Abs. 2 des B.G.B. seine Alleinerbin sei, wovon den seither als beteiligt angesehenen anderen Personen Mitteilung gemacht wurde.

Der Taglöhner G. St. in Br. hat im Dezember 1901 bei der I. Civilkammer des Landgerichts Stuttgart Klage gegen die Witwe des Ludwig Z. mit dem Antrag auf die Feststellung erhoben, daß die von dem Abwesenheitspfleger R. für den Ludwig Z. verwalteten zwei Erbschaften nicht zu seiner Verlassenschaft gehören. Die eine dieser Erbschaften ist nach dem Tatbestande des von der Civilkammer des Landgerichts am 10. Mai 1902 verkündeten, zu Gunsten des Klägers ergangenen Urteils und den vorliegenden Teilungsakten der für den Ludwig Z. ausgeschiedene Anteil an dem Nachlaß seiner am 17. Dezember 1879 im Witwenstande

und kinderlos verstorbenen Tante Ch. F., geb. Z. in B. Dieselbe hat ein Testament hinterlassen mit einer unklar gefaßten Bestimmung, mit der sie an der Intestaterbberechtigung des verschwenderischen und arbeitsscheuen Ludwig Z. die Aenderung traf, daß zu Gunsten seiner etwaigen Descendenz sein Erbteil in pflegschaftliche Verwaltung genommen werde und ihm, wenn er keine Kinder bekomme, nur die Zinsen zukommen sollen. Der Nachlaß der Witwe F. wurde nach 4 Stämmen verteilt und in einem dieser Stämme erhielt Ludwig Z. gleich seiner einzigen Schwester Marie Friederike Z. den Betrag von 2249 M. 15 Pf., der sodann dem für ihn aufgestellten Abwesenheitspfleger R. übergeben wurde Die andere Erbschaft wurde dem Ludwig Z. nach dem Ableben seiner soeben genannten Schwester Marie Friederike Z., die am 1. August 1897 in ledigem Stande in B. ohne letztwillige Verfügung verstorben ist, als ihrem alleinigen Erben von der Teilungsbehörde überwiesen, nachdem der Abwesenheitspfleger R. für ihn den Erbschaftsantritt erklärt hatte; der Nachlaß betrug 7319 M. 81 Pf. und wurde von dem Abwesenheitspfleger in Verwaltung genommen. In dem Prozesse gegen die Witwe Z. hat G. St. geltend gemacht: 1.) daß der dem Ludwig Z. aus dem Nachlaß der Tante Ch. F. zugeschiedene Anteil ihm zu Unrecht zugewiesen worden, dieser Anteil vielmehr dem Erbteil seiner Schwester Marie Friederike Z. aus dem Grunde angewachsen sei, weil nach richtiger Auslegung des Testaments der Ch. F. diese den Ludwig Z. enterbt habe; 2) daß der ganze Nachlaß der Marie Friederike Z. — einschließlich der, wie eben gesagt, aus dem Nachlaß der Tante Ch. F. ihr zugewachsenen Portion — von Ludwig Z. nicht ererbt worden sei, weil zur Zeit des Eintritts dieses Erbfalls Ludwig Z. nicht mehr am Leben gewesen sei, und weil überdies, falls Ludwig Z. den Erbschaftsanfall erlebt hätte, er doch seine Eigenschaft als Inländer zu dieser Zeit längst nicht mehr besessen hätte, so daß der Abwesenheitspfleger die Erbschaft nicht für ihn habe antreten können. G. St. machte ferner geltend, daß

bei der Beerbung der Marie Friederike Z. die landrechtliche vierte Klasse zum Zug komme und er als Oheim (Mutterbruder) dem Grade nach am nächsten mit der Erblasserin Marie Friederike Z. verwandt sei; bezüglich eines Bruders des Klägers, der neben ihm allein in Betracht komme, sei es zwar ungewiß, ob er nicht noch am Leben sei; derselbe sei aber schon zu Anfang der 1850er Jahre nach Amerika verzogen und längst verschollen und sein württembergisches Staatsbürgerrecht habe derselbe längst vor dem Jahre 1897 verloren gehabt. Daß G. St., wenn sein sonstiges Vorbringen richtig wäre, jedenfalls als einer der Erben der Marie Friederike Z. zu gelten habe, wurde von der Beklagten anerkannt. In ihrem Urteil vom 10. Mai 1902 hat die Civilkammer des Landgerichts der Klagebegründung beipflichtend erkannt: es wird festgestellt, daß das aus dem Nachlaß der am 17. Dezember 1879 gestorbenen Ch. F. in B. herrührende Vermögen, sowie daß der Nachlaß der am 1. August 1897 verstorbenen Marie Friederike Z. in B., welche beide Vermögensmassen bisher für den auf 1. Januar 1900 für tot erklärten Ludwig Z. von B. pflegschaftlich verwaltet worden sind, nicht zu der Hinterlassenschaft des Ludwig Z. gehören und daß der Beklagten keinerlei erbrechtlicher Anspruch bezüglich dieser beiden Vermögensmassen zusteht.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung erhoben. Am 14. November 1902 haben aber die Prozeßbevollmächtigten der Parteien folgenden Vergleich abgeschlossen: I. Der Kläger läßt seine Einwendungen dagegen fallen, daß der gesamte Nachlaß des auf 1. Januar 1900 für tot erklärten Ludwig Z. von B., insbesondere das darin enthaltene, aus dem Nachlaß der am 17. Dezember 1879 gestorbenen Ch. F. von B. herrührende Vermögen, sowie der weiter darin enthaltene Nachlaß der am 1. August 1897 verstorbenen Marie Friederike Z. in B. an die Beklagte, die Ehefrau des Ludwig Z., zur Zeit in New-York, als Allein-Erbin zugeteilt wird; II. die Beklagte bezahlt an den Kläger die ganze den Nachlaß des Z. bildende Summe abzüglich

3000 M. heraus; III. die sämtlichen Steuern und Sporteln trägt die Beklagte und sind diese in den genannten 3000 M. inbegriffen. Weiter ist verabredet, daß der Nachlaß an den Prozeßbevollmächtigten der Beklagten ausgefolgt werde und dieser die vergleichsmäßige Verteilung des Nachlasses zu besorgen habe. Der Abwesenheitspfleger R. hat am 2. Dezember 1902 Schlußrechnung abgelegt; darnach betrug das Pflegschaftsvermögen 12 246 M. 42 Pf. Das Nachlaßgericht hat zu den Akten bemerkt, daß weiteres Vermögen des Erblassers nicht vorhanden sei. Am 6. Dezember 1902 beschloß das Nachlaßgericht, dem Bevollmächtigten der Witwe Z. den von ihm behufs der Erhebung des Nachlasses nachgesuchten Erbschein zu erteilen und die Akten dem Kameralamt Stuttgart wegen der Erbschaftssteuer vorzulegen.

Am 23. Dezember 1902 hat das Kameralamt gemäß Art. 6 lit. C. Ziff. 2 und Art. 8 Abs. 1 des Erbschaftssteuergesetzes vom 26. Dezember 1899 dem G. St. aus 9246 M. 42 Pf. die Erbschaftssteuer mit 4%, da er ein Oheim des Erblassers sei, in dem Betrage von 369 M. 86 Pf. angesetzt. Gegen diese Verfügung hat G. St. Beschwerde an das Steuerkollegium Abteilung für direkte Steuern, und weitere Beschwerde an das Finanzministerium erhoben. Von diesem ist die weitere Beschwerde durch Entscheidung vom 13. August 1903 als unbegründet abgewiesen worden in der Erwägung: Es unterliege keinem Anstand, daß der von St. und der Witwe Z. abgeschlossene Vergleich von der Steuerbehörde zur Grundlage für die Steuerfestsetzung gemacht werde. Der Streit der Parteien habe sich um die Frage gedreht, welcher der Parteien auf das für den Ludwig Z. pflegschaftlich verwaltete Vermögen ein erbrechtlicher Anspruch zustehe; durch den Vergleich haben die Parteien diesen Streit beseitigt, indem sie gegenseitig ihren ausschließlichen Anspruch auf das gedachte Vermögen fallen ließen und sich je mit einem Teile desselben begnügten. Wenn der Vergleich in der Form abgeschlossen wurde, daß die Witwe Z. als Alleinerbin bezeichnet und St. mit einer Abfindungssumme bedacht

wurde, so habe dies in bezug auf die Festsetzung der erbschaftssteuerpflichtigen Anfälle zwar die Folge, daß der ganze Nachlaß als von Ludwig Z. herrührend anzusehen sei; der gewollte und dem Wesen des Vergleichs durchaus entsprechende Effekt der Vereinbarung sei aber, daß aus diesem Nachlaß jedem der beiden Erbprätendenten ein Teil, nämlich der Witwe Z. der Betrag von 3000 M. und dem St. der Betrag von 9246 M. 42 Pf. überlassen worden sei; um die angegebenen Beträge seien die beiden Beteiligten aus dem Nachlaß des Ludwig Z. bereichert worden und diese Bereicherung bilde den für die Besteuerungsfrage maßgebenden rechtlichen und wirtschaftlichen Erfolg des abgeschlossenen Vergleichs.

Der Bevollmächtigte des St. hat diese Entscheidung mit der Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof mit dem Antrag, den Steueransatz für unzulässig zu erklären, angefochten, wobei er im wesentlichen ausgeführt hat: Mit Unrecht sei von dem K. Finanzministerium als dem Willen und Wesen des Vergleichs entsprechender Effekt angesehen, daß aus dem Nachlaß jedem der beiden Erbprätendenten ein Teil habe überlassen werden wollen, und unrichtig sei die Annahme, daß beide Beteiligte aus dem Nachlasse des Ludwig Z. um die ihnen zugefallenen Beträge bereichert seien, vielmehr habe St. aus diesem Nachlasse schlechterdings eine Bereicherung nicht erhalten. In dem Vergleich sei vereinbart worden, daß als Alleinerbin für das ganze Vermögen nur die Witwe Z. in Betracht komme, dem St. irgendwelche erbrechtlichen Ansprüche überhaupt nicht zukommen sollen und er für sein Anerkenntnis der Alleinberechtigung der Witwe Z. seinerseits nur einen Rechtsanspruch gegen diese auf eine gewisse Summe, und zwar nur einen obligatorischen Anspruch gegen sie, zugewiesen erhalten solle. Die Rechtsbeschwerde ist als unbegründet zurückgewiesen worden.

Aus den

Gründen:

St. hat niemals geltend gemacht, daß er als nächster

Blutsverwandter des Ludwig Z. denselben zu beerben berufen sei; er hat vielmehr das pflegschaftlich verwaltete Vermögen mit der Behauptung in Anspruch genommen, daß es in Wirklichkeit kein Nachlaßvermögen des Ludwig Z. geworden sei, sondern als Nachlaßvermögen der im Jahre 1897 verstorbenen Marie Friderike Z. ihm als deren Intestaterben zufalle. Gegenstand des abgeschlossenen Vergleichs war daher die Frage, ob das pflegschaftlich verwaltete Vermögen sich auf die Witwe Z. als Alleinerbin ihres für tot erklärten Ehemanns oder auf den Kläger St. als Erben der Marie Friederike Z. vererbe. Da der Prozeßbevollmächtigte der Witwe Z. wenig Hoffnung hatte, für sie den Prozeß zu gewinnen, hat er sich zu dem Vergleich herbeigelassen, wonach ihr nicht einmal ganz ein Viertel des pflegschaftlich verwalteten Vermögens zufiel. Daß nicht im Vergleichswege von der Witwe Z. das pflegschaftlich verwaltete Vermögen als Nachlaßvermögen der Marie Friederike Z. gegen die ihr von St. zu überlassende Abfindung von 3000 M. anerkannt wurde, sondern umgekehrt in dem abgeschlossenen Vergleich St. seine Einwendungen dagegen, daß das pflegschaftlich verwaltete Vermögen der Witwe Z. als Alleinerbin zugeteilt werde, mit der Maßgabe fallen ließ, daß diese an ihn das gesamte Pflegschaftsvermögen unter Abzug der 3000 M. herauszuzahlen habe, ist in der Eingabe des Bevollmächtigten der Witwe Z. an das Kameralamt vom 17. Dezember 1902, auf welche der Bevollmächtigte des St. in seiner Erklärung vom 29. Dezember 1902 Bezug nahm, ganz überzeugend damit erklärt, daß dem St. erspart werden wollte, noch die Todeserklärung seines verschollenen Bruders, um voll in den Besitz des Pflegschaftsvermögens abzüglich der 3000 M. zu gelangen, herbeizuführen. In Wirklichkeit hat nicht minder die Witwe Z. gegen die Abfindung mit den 3000 M. ihre Einwendung dagegen aufgegeben, daß das pflegschaftlich verwaltete Vermögen als Nachlaß der Marie Friederike Z. dem St. als deren Erben ausgefolgt werde. Es ist auch in dem Vergleiche nicht gesagt, daß die Witwe

Z. die ganze den Nachlaß des Ludwig Z. bildende Summe abzüglich der 3000 M. an St. als einen mit ihr konkurrierenden und hinsichtlich der Größe des Empfangs ihr sogar vorgehenden Intestaterben des Ludwig Z. — dem wahren Sachverhalt und der eigenen Behauptung des St. entgegen — herausgebe. Hienach kann allerdings der Beschwerde darin Recht gegeben werden, daß St. nicht als Erbe des Ludwig Z. eine Vermögensbereicherung mittels des Vergleichs erhalten habe.

Der Steueransatz ist jedoch darum aufrecht zu erhalten, weil St. als Intestaterbe der Marie Friederike Z., mit der er in dem gleichen Verwandtschaftsverhältnis wie mit dem Ludwig Z. steht, der mit 4% angesetzten Erbschaftssteuer unterliegt. Die privatrechtliche Gestaltung der Ausfolgung des pflegschaftlich verwalteten Vermögens an die Witwe Z. als Alleinerbin ihres Ehemanns und der Zurückgabe in dem um die 3000 M. verminderten Betrage an St., wie sie durch den Vergleich geschaffen worden ist, bildet kein Hindernis, den St. aus dem Gesichtspunkte, daß er in Verwirklichung des von ihm behaupteten Erbrechts am Nachlaß der Marie Friederike Z. bereichert worden ist, der Erbschaftssteuer zu unterwerfen. Der wahre Sinn des Vergleichs ist, daß St. aus dem Pflegschaftsvermögen für den von ihm als Erben der Marie Friederike Z. erhobenen Anspruch damit, daß ihm das Pflegschaftsvermögen bis auf die Abfindungssumme von 3000 M. verbleibe, Befriedigung erhalte, während die Witwe Z. mit dieser Abfindung für den Anspruch, den sie als Alleinerbin ihres Ehemanns auf das Pflegschaftsvermögen erhebe, befriedigt sein solle. Wirtschaftlich betrachtet, worauf es bei der Ansetzung der Erbschaftssteuer ankommt, ist mittels des Vergleichs Nachlaßvermögen der Marie Friederike Z. auf den St. als ihren Erben übergegangen; die Bereicherung des St. durch Verwirklichung seines Intestaterbrechts an den Nachlaß der Marie Friederike Z. mittels des Vergleichs über die Verteilung des pflegschaftlich verwalteten Vermögens begründet die Steuerpflicht und

es ist unerheblich, daß privatrechtlich dem Empfang des St. der Umweg einer Ausfolgung seitens der Witwe Z. gegeben worden ist.

Urteil vom 21. Oktober 1903 in der Rechtsbeschwerdesache des G. St. von Br.

8.

Zu Art. 12 Ziff. 2 des Umsatzsteuergesetzes vom 28. Dezbr. 1899. Notwendigkeit der Auflassung und Steuerpflicht bei Auflassung einer Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. des B.G.B. zum Zweck der Umwandlung in eine Gesellschaft m. b. H.

Von dem Amtsgericht Urach ist am 23. März 1889 in das Handelsregister für Gesellschaftsfirmen und Firmen juristischer Personen die Lohmühlegesellschaft Metzingen mit dem Sitze in Metzingen als eine von 26 Teilhabern gebildete offene Handelsgesellschaft zum Betrieb einer Lohmühle eingetragen worden. Auch ist in das Güterbuch und hernach in das Grundbuch von Metzingen die offene Handelsgesellschaft Lohmühlegesellschaft Metzingen als Eigentümerin der kaufsweise erworbenen Gebäude, worin die Loh- und Stampfmühle eingerichtet wurde, und der miterworbenen Wasserkraft, Wiesen und sonstigen Grundstücke eingetragen worden. Am 12. Juli 1901 ist von dem Amtsgericht Urach die Firma Lohmühlegesellschaft Metzingen als nicht zu den Handelsgesellschaften gehörig von Amtswegen gemäß § 142 des Reichsgesetzes vom 17. Mai 1898 über die Ang. der freiw. Gerichtsbarkeit im Handelsregister gelöscht worden.

Am 20. Februar 1903 ist vor dem Bezirksnotar S. in Metzingen ein Gesellschaftsvertrag geschlossen worden mit der Einleitung: Die vollzogene Löschung im Handelsregister sei für richtig zu erkennen, da in Wirklichkeit die Lohmühle der gemeinsamen Benützung durch die Gesellschaftsmitglieder für ihre gewerblichen Betriebe gedient habe. Die Gesellschaft sei organisiert und habe einen zweigliedrigen Vorstand und einen

dreigliedrigen Aufsichtsrat, während die wichtigsten Angelegenheiten der Beschlußfassung der Generalversammlung vorbehalten seien. Das von der Generalversammlung am 27. Dezember 1898 beschlossene Statut bezeichne das Lohmühleanwesen als Gesellschaftsvermögen und als solches sei das Anwesen auch im Güterbuch eingetragen. Nachdem nun die Lohmühlegesellschaft als offene Handelsgesellschaft nicht mehr bestehe, müsse sie als eine Gesellschaft gemäß §§ 705—740 des B.G.B. angesehen werden und das Lohmühleanwesen gelte gemäß § 718 als Gesellschaftsvermögen, nicht als solches der einzelnen Gesellschafter nach Bruchteilen. Die Generalversammlung der Lohmühlegesellschaft vom 19. Februar 1903 habe mit Einstimmigkeit den Beschluß gefaßt, die Gesellschaft in eine solche mit beschränkter Haftung nach Maßgabe des Reichsgesetzes vom 20. April 1892 in der Fassung vom 20. Mai 1898 umzuwandeln und die beiden Mitglieder des Vorstands K. K. und A. N. mit der förmlichen Einrichtung der Gesellschaft dieser Art zu beauftragen und die Eintragung in das Handelsregister zu erwirken. Auf diese Einleitung folgt der Gesellschaftsvertrag: Die Lohmühlegesellschaft Metzingen, welche zur Zeit als Gesellschaft nach Maßgabe des B.G.B. §§ 705—740 besteht, wird in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umgewandelt. Die namentlich aufgeführten — und am Schlusse der Urkunde unterzeichneten — 23 Mitglieder der bisherigen Gesellschaft errichten an Stelle der bisherigen Gesellschaft eine solche mit beschränkter Haftung unter der Firma „Lohmühlegesellschaft Metzingen Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit dem Sitze in Metzingen" und treffen folgende Bestimmungen: 1) Der Zweck der Gesellschaft ist die Erhaltung der Lohmühle für die gemeinsame Benützung der Gesellschafter für den Zweck ihrer gewerblichen Betriebe; 3) das Stammkapital der Gesellschaft wird auf 27 600 M. festgesetzt, die Stammeinlagen der Gesellschafter sind gleich und betragen je 1200 M.; 4) das Stammkapital der Gesellschaft ist hergestellt durch den Ueberschuß des Werts des Lohmühleanwesens, der auf

142 600 M. festgesetzt ist, über die Schulden der Gesellschaft im Betrage von 115 000 M.; 5) die Stammeinlagen der Gesellschafter sind hergestellt durch den Wert der Geschäftsanteile an der bisherigen Gesellschaft, deren Vermögen durch die Beiträge der Gesellschafter erworben worden ist; § 12 Abs. 1. Die Gesellschafter haften als Gesamtschuldner wegen der bestehenden Anlehensschulden der Gesellschaft, diese gesamtschuldnerische Haftung bleibt bestehen. Am Schlusse der notariellen Beurkundung ist „den seitherigen Vorstandsmitgliedern und nunmehrigen Geschäftsführern der Gesellschaft" K. K. und A. N. die Vollmacht erteilt, die Errichtung der neuen Gesellschaft zu erwirken und den Eintrag in das Handelsregister zu veranlassen, wie auch die Richtigstellung des Grundbuchs herbeizuführen.

Die Eintragung der neuen Gesellschaft m. b. H. in das Handelsregister des Amtsgerichts Urach ist am 9. März 1903 erfolgt.

Laut der vorliegenden Beurkundung des K. Grundbuchamts Metzingen erschienen am 6. Juni 1903 vor demselben die Rotgerber K. K., A. N. und A. K. und erklärten dieselben: „Im hiesigen Grundbuch Heft 134 Abt. I. Nr. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10 und 11 ist die Firma Lohmühlegesellschaft Metzingen offene Handelsgesellschaft als Eigentümerin folgender Grundstücke eingetragen .... Diese am 23. März 1889 in das Handelsregister eingetragene Firma ist am 12. Juli 1901 auf Grund des § 142 des G.f.G. von Amtswegen gelöscht worden, eine Berichtigung des Grundbuchs wurde aber inzwischen nicht beantragt. Das Gesellschaftsvermögen, worunter die hievor beschriebenen Grundstücke begriffen sind, ist nun durch die Aufhebung der offenen Handelsgesellschaft zur gesamten Hand der eingetragenen Gesellschafter gefallen. Von diesen sind teils freiwillig, teils durch Tod die mit Namen aufgeführten ausgeschieden und es haben diese bezw. die Erben der verstorbenen Gesellschafter zur Regelung der Angelegenheit und zur Abgabe von Auflassungserklärungen den A. K., Rotgerber hier, bevollmächtigt; vergl.

Vollmachten vom 14. Mai 1903, 2. 5. und 30. Mai 1903, 3. Juni 1903. Die weiteren früheren Gesellschafter, die aufgeführten 15 Rotgerbereibesitzer, haben nun in Gemeinschaft mit den unter Ziff. 16—23 genannten Rotgerbereibesitzern durch Gesellschaftsvertrag vom 20. Februar 1903 ein anderes Rechtsverhältnis geschaffen, indem sie die bisherige Gesellschaft in eine solche mit beschränkter Haftung unter der Firma Lohmühlegesellschaft mit beschränkter Haftung, Sitz in Metzingen, umgewandelt haben. Die neue Firma ist am 9. März 1903 in das Handelsregister eingetragen worden. Die neuen Gesellschafter haben nach der dem Gesellschaftsvertrag vom 20. Februar 1903 angehängten Vollmacht den K. K. und A. N. zu ihrer Vertretung bevollmächtigt. Von letzteren und dem weiter erschienenen A. K. wird nun die Aufnahme und Beurkundung folgenden Vertrags beantragt: § 1. Die oben aufgeführten Gesellschafter der früheren Lohmühlegesellschaft Metzingen bezw. deren Erben, vertreten durch A. K., K. K. und A. N., verpflichten sich, das Eigentum an den Grundstücken ..... an die neu gegründete Firma Lohmühlegesellschaft Metzingen Gesellschaft m. b. H., vertreten durch die im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführer K. K. und A. N., zu übertragen. § 2. Der Uebernahmewert wird auf 142 600 M. bestimmt und wird beglichen durch Uebernahme der Passiven der bisherigen Gesellschaft mit 115 000 M. und durch den das Stammkapital der Gesellschaft bildenden Ueberschuß von 27 600 M. — jeder Gesellschafter 1200 M. ..... Die Vertragsschließenden A. K., K. K. und A. N. erklärten sodann: Wir sind darüber einig, daß auf Grund des vorstehenden Kaufvertrags das Eigentum an den im Grundbuch von Metzingen ... verzeichneten Grundstücken .... auf die neugegründete Firma Lohmühlegesellschaft Metzingen Gesellschaft m. b. H. übergehen soll. Wir, die Verkäufer bezw. Vertreter, bewilligen, daß die neugegründete Firma .... als Eigentümerin dieser Grundstücke in das Grundbuch eingetragen werde. Wir, die Geschäftsführer der Käuferin, beantragen die Eintragung der Eigentumsän-

derung in das Grundbuch mit Angabe des Erwerbspreises.
Genehmigt und unterschrieben

C. K. Lohmühlegesellschaft Metzingen
A. N. Gesellschaft mit beschränkter Haftung.
A. K. C. K. A. N.

Das Grundbuchamt verfügte sofort den Eintrag der Auflassung in das Grundbuchheft der Käuferin und die Eintragung ist am 8. Juni erfolgt.

Das Kameralamt Urach hat hierauf am 10. Juli 1903 beschlossen: nach Art. 12 Ziff. 2 Abs. 1 des Umsatzsteuergesetzes vom 28. Dezember 1899 aus dem Uebernahmewert von 142 600 M. die Umsatzsteuer von 1,2% im Betrage von 1711 M. 20 Pf. anzusetzen, hierauf aber den bereits mit 331 M. 20 Pf. bezahlten Betrag der Sportel anzurechnen, die am 16. März 1903 aus dem Stammkapital der Gesellschaft (27 600 M.) angesetzt worden und nach der Tarifnummer des Sportelgesetzes 31 Anm. b zu Ziff. 1 nicht neben der Umsatzsteuer zu erheben war. Dieser Beschluß wurde den Vertretern der neuen Gesellschaft am 13. Juli 1903 eröffnet, worauf als ihr Bevollmächtigter der Rechtsanwalt O. gegen den Steueransatz mit dem Antrag auf dessen Aufhebung in dem Sinne, daß es bei dem Sportelansatz vom 16. März 1903 verbleibe, Beschwerde an das Steuerkollegium Abt. für direkte Steuern und nach deren Abweisung weitere Beschwerde an das Finanzministerium erhoben hat. Von diesem ist die Beschwerde durch Entscheidung vom 26. Oktober 1903 gleichfalls als unbegründet abgewiesen worden, worauf der Bevollmächtigte der Gesellschaft Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben hat.

Durch Urteil vom 20. Januar 1904 wurde das Rechtsmittel als unbegründet zurückgewiesen.

Gründe:

Der Bevollmächtigte der Beschwerdeführerin hat keineswegs dargetan, daß die Entscheidung des K. Finanzministeriums nicht begründet und die Beschwerdeführerin durch den Steueransatz mit einer ihr nicht obliegenden Verbindlich-

keit belastet sei. Am 6. Juni v. Js. ist zwischen den 23 Rotgerbereibesitzern, welche gemäß dem Generalversammlungsbeschlusse vom 19. Februar v. J. den Gesellschaftsvertrag vom 20. Februar v. Js. abgeschlossen hatten, und der am 9. März v. J. in das Handelsregister eingetragenen Gesellschaft m. b. H. ein Rechtsgeschäft abgeschlossen worden, das die Uebertragung des Eigentums an den im Grundbuch für die offene Handelsgesellschaft eingetragenen Grundstücken seitens der ersteren auf die neue Gesellschaft m. b. H. gegen das Entgelt von 142 600 M. zum Gegenstande hatte; es war auch, um der neuen Gesellschaft m. b. H. das Eigentum an den Grundstücken zu verschaffen, die Vornahme der Auflassung erforderlich. Das Rechtsgeschäft ist mit Recht der angesetzten Umsatzsteuer unterworfen worden, wobei unerheblich ist, ob die Annahme bei dem Abschluß des Gesellschaftsvertrags vom 20. Februar v. J., daß für die Vertragschließenden bisher an den Grundstücken eine Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand, nicht ein Miteigentumsrecht zu ideellen Anteilen bestehe, richtig ist.

1) Die Frage, wie die Eigentumsverhältnisse an den auf den Namen der offenen Handelsgesellschaft eingetragenen Grundstücken beschaffen waren, läßt sich nach den vorliegenden Akten nicht einfach beantworten. Am 23. März 1889 war unrichtigerweise die offene Handelsgesellschaft in das Handelsregister eingetragen worden, die Gesellschaft war keine Handelsgesellschaft. Der vorliegende Handelsregisterauszug läßt nicht ersehen, daß den für die offenen Handelsgesellschaften geltenden Vorschriften entsprechend das Ausscheiden von Gesellschaftern und der Eintritt neuer Gesellschafter in das Handelsregister eingetragen worden wäre (nach der Beilage von 14 der Akten des Grundbuchamts hat am 8. September 1893, nachdem die am 23. März 1889 als Teilhaberin in das Handelsregister eingetragene Witwe des J. Sch. in Konkurs geraten war, der Konkursverwalter deren Anteil an dem Gesellschaftsvermögen gegen die Abfindung mit 1000 M. an die Gesellschaft abgetreten). In dem von dem Bevollmäch-

tigten der Beschwerdeführerin mit dem Schriftsatz vom 18. Juli v. Js. vorgelegten Statut vom 28. November 1889 ist die Lohmühlegesellschaft eine eingetragene Genossenschaft genannt, ohne daß die Eintragung in das Genossenschaftsregister ersichtlich wäre. In den in dem Gesellschaftsvertrag vom 20. Februar v. Js. erwähnten Satzungen vom 27. Dezember 1898 ist die Gesellschaft nach ihrer rechtlichen Gestaltung nicht bezeichnet; die Verwaltungsangelegenheiten sollen durch einen Vorstand und einen Aufsichtsrat, welche von der Generalversammlung gewählt werden, ausgeübt werden. In dem Gesellschaftsvertrag vom 20. Februar v. Js. haben die 23 Rotgerbereibesitzer, welche an die Stelle der 26 Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft getreten sind (auch der am 23. März 1889 als Teilhaber eingetragene A. K. befindet sich nicht unter den Mitgliedern der neuen Gesellschaft), den Standpunkt eingenommen, nachdem die Lohmühlegesellschaft als offene Handelsgesellschaft nicht mehr bestehe, müsse sie als Gesellschaft des B.G.B. §§ 705—740 angesehen werden und das Lohmühleanwesen als Gesellschaftsvermögen im Sinne des § 718 gelten. In beabsichtigter Uebereinstimmung hiemit ist in die Beurkundung des Grundbuchamts vom 6. Juni v. J. der Satz, daß infolge der Löschung vom 12. Juli 1901 durch die Aufhebung der offenen Handelsgesellschaft das Gesellschaftsvermögen mit den Grundstücken zur gesamten Hand der eingetragenen Gesellschafter gefallen sei, als von K. K. und A. N., und auch von A. K. abgegebene Erklärung aufgenommen. Diese Urkunde des Grundbuchamts enthält aber keineswegs eine Feststellung eines mit der Eintragung der neuen Gesellschaft m. b. H. bereits gegebenen Rechtsbestands, sondern es wurde vor dem Grundbuchamt der obligatorische Vertrag (der allerdings kein Kaufvertrag war) abgeschlossen, das Eigentum an den Grundstücken an die neu gegründete Gesellschaft m. b. H., vertreten durch die im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführer K. K. und A. N., zu übertragen, woran sich die Erklärung der Einigung darüber, daß zufolge dieses Vertrags das Eigentum an den

Grundstücken auf die neu gegründete Firma übergehen solle (Auflassung), die Erklärung der Bewilligung, daß sie als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen werde, und die Beantragung der Eintragung der Eigentumsänderung in das Grundbuch anschlossen. Mit der Eintragung der Gesellschaft m. b. H. in das Handelsregister war ein selbständiges Rechtssubjekt entstanden, das den nach ihrer Auffassung zu einer Gesellschaft des B.G.B. §§ 705 ff. vereinigten Personen gegenüberstand. Wenn auch diese Gesellschaft als solche, da am 9. März v. Js. die Eintragung der neuen Gesellschaft m. b. H. in das Handelsregister geschehen war, am 6. Juni v. J. erloschen war, konnten doch nach § 730 Abs. 2 des B.G.B. die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit die Uebertragung der Eigentumsrechte an den Grundstücken mittels der Auflassung bewirken. Nach dem klaren Inhalt der Urkunde war die Erwerbung des Eigentums seitens der neuen Gesellschaft m. b. H. beabsichtigt. Und es war rechtlich nicht unmöglich, daß bei der Auflassung K. K. und A. N. gleichzeitig die Veräußerer bei der Bewilligung als Bevollmächtigte und die Gesellschaft als deren Geschäftsführer bei der Entgegennahme vertraten; vergl. Planck, B.G.B. III. Aufl. 3. Bd. S. 203; Kuhlenbeck, das Bürgerl. Ges. Bch. II. Aufl. 2. Bd. S. 86. Auf Grund der vorgenommenen Auflassung ist die Eintragung der neuen Gesellschaft als Eigentümerin der Grundstücke in das Grundbuch erfolgt und es will nicht der Versuch gemacht werden, diese Eintragung aus dem Grunde rückgängig zu machen, daß, wie behauptet wird, K. K. und A. N. zu einer rechtsgeschäftlichen Uebertragung des Eigentums nicht bevollmächtigt gewesen seien; es ist aber auch die ihnen am 20. Februar v. Js. erteilte Vollmacht nicht dahin auszulegen, daß sie für den Fall, daß die rechtsgeschäftliche Uebertragung erforderlich würde, nicht auch zur Mitwirkung hiebei ermächtigt sein sollten; sie haben denn auch bei der Vornahme der Auflassung am 6. Juni v. Js. an dieser Vollmacht keinen Anstand genommen.

2) Der Vertragsabschluß, der am 6. Juni v. Js. vor

dem Grundbuchamt stattgefunden hat, ist nicht ausschließlich zwischen der durch den Gesellschaftsvertrag vom 20. Februar errichteten und am 9. März v. Js. in das Handelsregister eingetragenen Gesellschaft m. b. H. und den 23 Rotgerbereibesitzern zustande gekommen, welche in diesem Vertrag vom 20. Februar als die dermaligen Mitglieder der zurzeit als Gesellschaft des B.G.B. §§ 705 ff. bestehenden Lohmühlegesellschaft aufgeführt sind und gemäß dem Generalversammlungsbeschlusse vom 19. Februar die Umwandlung dieser Gesellschaft in eine Gesellschaft m. b. H. mit dem Stammkapital von 27 600 M. und 23 gleichen Stammeinlagen zu 1200 M. vereinbart, sowie dem K. K. und A. N. Vollmacht erteilt haben; sondern es haben bei dem Vertragsabschluß am 6. Juni v. Js. auch die früheren Gesellschaftsteilhaber, welche bereits ausgeschieden waren, bezw. ihre Erben mitgewirkt; mit den Vollmachten vom 2. 5. und 30. Mai und vom 3. und 4. Juni v. Js. hatten sie dem A. K. Auftrag erteilt, sie bei Veräußerung ihrer Anteile „als frühere Gesellschafter" an den unter dem Titel Lohmühlegesellschaft Metzingen offene Handelsgesellschaft im Grundbuch eingetragenen Grundstücken an die neu gegründete Gesellschaft m. b. H. zu vertreten. Allein die Mehrzahl der Vollmachten, insbesondere die Vollmacht vom 4. Juni enthält zugleich die ausdrückliche Erklärung, daß die Aussteller für den Gesellschaftsanteil um ihre Ansprüche an das Gesellschaftsvermögen befriedigt seien, und in der Beurkundung des Grundbuchamts vom 6. Juni v. Js. ist die Erklärung, daß durch die Aufhebung der offenen Handelsgesellschaft das Gesellschaftsvermögen „z u r g e s a m t e n H a n d der eingetragenen Gesellschafter gefallen" sei, also die einzelnen Gesellschafter kein nach Bruchteilen ideell geteiltes Eigentum an den Grundstücken haben und gehabt haben und die ausgeschiedenen nur eine Abfindung zur Befriedigung ihrer Ansprüche haben verlangen können, auch von A. K. abgegeben. Hienach bedeutete die Mitwirkung der ausgeschiedenen Teilhaber und ihrer Erben bei dem Vertragsabschluß vom 6. Juni v. Js. die

Zustimmung zu der von den 23 Unterzeichnern des Gesellschaftsvertrags vom 20. Februar v. Js. gemäß dem Generalversammlungsbeschlusse vom 19. Februar ausgehenden Uebertragung der gesamten Eigentumsrechte an den Grundstücken, welche Zustimmung beizubringen unter den vorhandenen Umständen rätlich war, nicht einen besonderen Vertragsabschluß der ausgeschiedenen Teilhaber und ihrer Erben mit der neuen Gesellschaft m. b. H., wodurch den ersteren noch zustehende besondere Eigentumsberechtigungen an die letztere übertragen werden sollten. Hiemit stimmt auch der Bevollmächtigte der Beschwerdeführerin selbst insofern überein, als er überhaupt geltend macht, daß eine Uebertragung ideeller Eigentumsanteile an die neue Gesellschaft nicht vor sich gegangen sei (vergl. die Beschwerdeschrift vom 18. Juli v. Js.)

3) Nicht nur ist nach dem bisher bemerkten die Behauptung des Bevollmächtigten der Beschwerdeführerin unrichtig, daß kein Rechtsgeschäft zwischen der neuen Gesellschaft m. b. H. und den in dem Gesellschaftsvertrag vom 20. Februar genannten 23 Gerbereibesitzern abgeschlossen worden sei, vielmehr nur eine Beschlußfassung der handelnden Personen stattgefunden habe, sondern es konnte auch das Eigentum an den Grundstücken auf die neue Gesellschaft m. b. H. ohne Auflassung nicht übertragen werden.

In §§ 80 und 81 des Reichsgesetzes vom $\frac{\text{20. April 1892}}{\text{20. Mai 1898}}$ betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist für den Fall der Auflösung einer Aktiengesellschaft zum Zweck der Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung bestimmt, daß unter den bezeichneten Voraussetzungen die Liquidation der Aktiengesellschaft unterbleiben kann und das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft einschließlich ihrer Schulden mit der Eintragung der neuen Gesellschaft in das Handelsregister auf diese von Rechtswegen übergeht; ähnliche Bestimmungen enthält das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 in seinen §§ 304 und 306, sowie in §§ 332

und 333 Abs. 3. Vergl. hiezu Staub, Komm. zum H.G.B. VI. Aufl. 1. Bd. S. 910, 919, 992. Dagegen enthalten die Gesetze keine Bestimmung, wonach im Falle der Auflösung einer Gesellschaft des B.G.B. §§ 705 ff. zum Zweck der Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung das Vermögen der ersteren als ganzes, so daß es der Auflassung der hierunter begriffenen Grundstücke nicht bedürfte, auf die neu errichtete Gesellschaft mit beschränkter Haftung übertragen werden könnte. Es ist von der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung nicht ganz übereinstimmend die Frage beantwortet, ob bei der Einbringung eines Grundstücks in eine Gesellschaft des B.G.B. §§ 705 ff. oder in eine offene Handelsgesellschaft die Auflassung auch dann erforderlich ist, wenn das Grundstück im Miteigentum sämtlicher Gesellschafter stand; vergl. Staub a. a. O. 1. Bd. S. 385 f. und S. 1027, Planck, B.G.B. III, Aufl. 3. Bd. S. 205 ff., Neumann, Jahrb. des deutschen Rechts, S. 419, Entsch. des preußischen Oberverwaltungsgerichts Bd. 37 S. 96 ff.; And. Ansicht Entsch. des Reichsgerichts Bd. 30 S. 150 ff.

Allein im vorliegenden Fall hatte die Eigentumsübertragung an die neue Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die ein selbständiges Rechtssubjekt ist, stattzufinden; aus dem Grunde, daß die neue Gesellschaft m. b. H. ein selbständiges, von ihren Mitgliedern in der Eigentumsberechtigung an den Grundstücken unzweifelhaft losgelöstes Rechtssubjekt ist, ist die Identität der Mitglieder der alten und der neuen Gesellschaft jedenfalls unerheblich.

S. auch Entsch. des preuß. Oberverw.-Gerichts Bd. 32 S. 74 ff.

4) Das Rechtsgeschäft, das die Uebertragung des Eigentums an den Grundstücken auf die neue Gesellschaft m. b. H. zum Gegenstande hatte, ist auch mit Recht der Umsatzsteuer in der Weise unterstellt worden, daß deren Betrag aus 142 600 M. berechnet worden ist. Die Uebernahme der 115 000 M. Schulden und die Gewährung der Geschäftsanteile im Betrag von 27 600 M. bildet die Gegenleistung

der neuen Gesellschaft an die 23 Gerbereibesitzer, welche dem von ihnen am 20. Februar v. Js. abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag entsprechend am 6. Juni v. Js. die rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung von sich aus vorgenommen haben.

Die Umsatzsteuerpflicht ergibt sich klar aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 12 Ziff. 2 des Umsatzsteuergesetzes. Nach den Abs. 1 und 2 dieser Ziff. 2 des Art. 12 unterliegen der Umsatzsteuer Rechtsgeschäfte, welche die entgeltliche Uebertragung von Grundstücken seitens eines Gesellschafters an eine Gesellschaft irgend welcher Art, sei es bei Errichtung derselben oder an eine bereits bestehende Gesellschaft zum Gegenstand haben, ebenso die entgeltliche Uebernahme von Grundstücken aus dem Vermögen einer Gesellschaft durch einen Gesellschafter; der Eintritt oder Austritt eines Gesellschafters ohne Aenderung in dem Bestande des gesellschaftlichen Grundstücksvermögens hat außer dem Falle des Abs. 6 eine Steuerpflicht nicht zur Folge. Aus den Absätzen 3 und 5 ergibt sich, daß nur eine Ermäßigung des Steueransatzes, welche die Beteiligung bei der einen und bei der andern Gesellschaft berücksichtigt, dann eintritt, wenn ein Gesellschafter einer Gesellschaft im Sinne des § 705 des B.G.B., einer offenen Handelsgesellschaft oder einer einfachen Kommanditgesellschaft Grundstücke an diese Gesellschaft überträgt und von dieser Gesellschaft übernimmt, oder wenn eine Gesellschaft im Sinne des § 705 des B.G.B., eine offene Handelsgesellschaft oder eine einfache Kommanditgesellschaft Grundstücke an eine andere solche Gesellschaft überträgt oder von derselben übernimmt. Auf die Rechtsgeschäfte, wodurch eine ein selbständiges Rechtssubjekt bildende Gesellschaft — eine Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eingetragene Genossenschaft — Grundstücke von Gesellschaftsmitgliedern oder von einer Gesellschaft (einer anderen ein selbständiges Rechtssubjekt bildenden Gesellschaft oder auch von einer Gesellschaft im Sinne des § 705 des B.G.B., einer offenen

Handelsgesellschaft oder einer einfachen Kommanditgesellschaft) übernimmt, bezw. an Gesellschaftsmitglieder oder eine Gesellschaft überträgt, wollte die Vergünstigung der Ermäßigung des Steueransatzes, wie aus den ständischen Verhandlungen deutlich erhellt (die Kammer der Abgeordneten wollte sogar anfänglich den Abs. 5 der Ziff. 2 ablehnen) nicht erstreckt werden.

Verh. der Kammer der Abgeordneten 1889/90 III. Beil. Bd. S. 320 f., III. Prot. Bd. S. 1983; Verh. der Kammer der Standesherrn 1889/90 Beil. Bd. S. 554 ff., Prot. Bd. S. 594, 602 ff.

5) Aus vorstehender Ausführung geht zugleich hervor, daß die Umsatzsteuerpflicht der Beschwerdeführerin in gleicher Weise begründet wäre, wenn die 23 Gerbereibesitzer, welche das Eigentum an den Grundstücken auf Grund der Annahme des Bestehens einer Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand übertragen haben, in Wirklichkeit die Grundstücke zu ideellen Eigentumsanteilen besessen hätten.

Urteil vom 20. Januar 1904 in der Rechtsbeschwerdesache der Lohmühlegesellschaft Metzingen.

9.

Gewerbesteuerpflicht eines Arztes als Inhabers einer Heilanstalt?

Der approbierte Arzt Dr. med. K. N., der seit Mai 1900 in H. eine Heilanstalt für Nervenkranke betreibt, ist in der Folge auf Grund der von ihm abgegebenen Fassionen mit dem Einkommen aus der Ausübung des ärztlichen Berufs zur Dienst- und Berufseinkommenssteuer beigezogen worden, für 1901 mit 2700 M., für 1902 mit 11 000 M. und für 1903 mit 8000 M. Daneben hat die Einschätzung des Betriebs der Heilanstalt zur Gewerbesteuer auf den 1. April 1902 mit Rückwirkung auf den 1. April 1901 stattgefunden, wobei die Bezirksschätzungskommission unter Zugrundlegung von 24 000 M. Betriebskapital, 12 Hilfsperso-

uen und eines Gesamtgewerbeertrags von 5200 M. das Steuerkapital auf den Betrag von 3195 M. festsetzte. Die zur Heilanstalt gehörigen Gebäude sind mit 136 500 M. zur Gebäudesteuer eingeschätzt; dabei ist der Wert der Zubehörden, worunter die elektrischen Beleuchtungsanlagen mit dem Gesamtbetrag von 34 660 M. angegeben; Dr. R. selbst berechnet den Gesamtwert der Anstalt auf 250 000 M.

Mit der Behauptung, daß er als Arzt nur der Berufseinkommensteuer unterliege, hat Dr. R. gegen die Beiziehung zur Gewerbesteuer Beschwerde erhoben. Diese Beschwerde wurde von dem K. Steuerkollegium, Abteilung für direkte Steuern, am 4. Juli 1903 und im weiteren Verfolg vom K. Finanzministerium am 29. Oktober als unbegründet abgewiesen. Gegen die Entscheidung des K. Finanzministeriums hat Dr. R. die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof eingelegt.

Durch Urteil vom 3. Februar 1904 wurde die Ministerialentscheidung außer Wirkung gesetzt.

Gründe:

I. Das Steuergesetz vom 28. April 1873 (Art. 1 Ziff. 3, Art 3 Abs. 2, Art. 85 Abs. 1) unterstellt der Gewerbesteuer die im Lande betriebenen Gewerbe jeder Art; dabei ist, wie der Verwaltungsgerichtshof schon öfter ausgesprochen hat, nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch unter Gewerbe jede fortgesetzte, mit der Absicht auf Gewinnerzielung unternommene selbständige und erlaubte Tätigkeit zu verstehen, die sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Das Gesetz vom 19. September 1852, betr. die Steuer von Kapital-, Renten-, Dienst- und Berufseinkommen unterwirft der Dienst- und Berufseinkommensteuer „alle, welche aus persönlichen Leistungen einen der Gewerbesteuer nicht unterworfenen Erwerb ziehen“ (Art. 1 Ziff. III, lit. b), und führt insbesondere unter lit. a daselbst auf das Berufseinkommen der „ausübenden Aerzte“, worunter nach dem jetzigen Stand der Gesetzgebung die approbierten Aerzte zu verstehen sind. Ein durchgreifendes begriffliches

Unterscheidungsmerkmal zwischen gewerblichem und beruflichem Einkommen hat das Gesetz nicht aufgestellt. In den Motiven zu dem Einkommensteuergesetz ist in dieser Beziehung ausgeführt: „Die Gewerbebesteuerung steht zwischen der Besteuerung des Dienst- und Berufseinkommens auf der einen und des aus einem materiellen Vermögen fließenden Nutzens auf der anderen Seite in der Mitte, indem das gewerbliche Einkommen aus beiderlei Art zusammengesetzt ist ..... Von der Dienst- und Berufseinkommensteuer unterscheidet sich die Gewerbesteuer durch das Merkmal des neben der persönlichen Leitung zu der Hervorbringung des Ertrags erforderlichen Kapitals. Dieses Merkmal trifft aber nur teilweise zu, indem auch bei den meisten jener Steuer unterliegenden Berufsarten wenigstens einiges Kapital nicht ganz entbehrt werden kann ..... Ein anderes Unterscheidungsmerkmal, welches früher häufig angewendet wurde, besteht in der höheren wissenschaftlichen sog. gelehrten Bildung, die man den zu der Dienst- und Berufseinkommensteuer beigezogenen Klassen zuschrieb. Allein auch dieses Merkmal läßt sich praktisch nicht konsequent durchführen, weil es viele Gewerbe gibt, welche ohne eine wissenschaftliche Ausbildung gar nicht richtig betrieben werden können, z. B. die höheren Baugewerbe, chemische Fabriken, Hüttenwerke, während andererseits die wissenschaftlichen Anforderungen bei manchen Zweigen des öffentlichen Dienstes sehr gering sind.

Immerhin lassen sich übrigens aus der Verschiedenheit der Natur und der rechtlichen Voraussetzungen des Gewerbebetriebs einerseits und der Ausübung der ärztlichen Berufstätigkeit andererseits gewisse regelmäßig zutreffende innere Unterschiede für die beiderseitigen Einkommen gewinnen. Bei der steuerlichen Bemessung des Gewerbeertrags tritt die äußere Einrichtung und der Umfang des Betriebs, wie er namentlich in der Zahl der Gehilfen und in der Größe des Betriebskapitals in die Erscheinung tritt (Steuergesetz vom 28. April 1873 Art. 87—91), in den Vordergrund; das Einkommen eines Arztes dagegen hängt wesentlich von seiner

Persönlichkeit, von seinen Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen, von dem persönlichen Vertrauen ab, das er bei den Kranken besitzt; das letztere Einkommen ist daher auch nicht so fundiert, wie das erstere. Des weiteren ist dem Gewerbetreibenden bezüglich der Gestaltung des gewerblichen Ertrags für die Regel volle Bewegungsfreiheit gelassen, während der Erzielung von Gewinn aus einer ärztlichen Praxis teils durch das Gesetz teils durch die Sitte Schranken gezogen sind.

II. Bei dem Betriebe einer Heilanstalt, in welcher den Kranken neben der ärztlichen Behandlung auch Wohnung, Kost und Verpflegung gegen Entgelt gewährt werden, können gewerbliche Tätigkeit und ärztliche Berufstätigkeit in den mannigfachsten Formen mit einander verbunden sein. Diese Tätigkeiten können in der Hand einer Person liegen oder auch getrennt mehreren Personen zukommen, die gleichberechtigt neben einander stehen oder einander untergeordnet sind; die gewerblichen und die ärztlichen Funktionen können mittels besonderer Veranstaltungen ausgeübt werden und so jede für sich einen besonderen Gewinn ergeben, sie können aber auch in einem einheitlichen wirtschaftlichen Betrieb zur Erscheinung kommen und so durch untrennbares Zusammenwirken einen einheitlichen Gesamtgewinn hervorbringen. Die steuerliche Erfassung des Betriebs einer solchen Heilanstalt hat sich der jeweils vorliegenden tatsächlichen Gestaltung des Betriebs anzupassen.

Im vorliegenden Falle ist nach dem bei den Akten liegenden Prospekt und den unverdächtigen Angaben des Beschwerdeführers in der zur Aufnahme von 20 Kranken eingerichteten Heilanstalt, welche ständig eine Bedienung durch 11—13 Dienstboten erfordert, der wirtschaftliche und ärztliche Betrieb in der Hand des Beschwerdeführers, eines approbierten, speziell für die Behandlung von Nervenkranken vorgebildeten Arztes; bei der Krankenbehandlung kommen neben den sonst gebräuchlichen Mitteln der Wissenschaft Wasserheilverfahren, medikamentöse und elektrische Bäder, Diätetik,

Massage, Elektrizität, Gymnastik, zweckmäßige Beschäftigung insbesondere auch durch Teilnahme an den Arbeiten im Hause, in Küche, Hof und Garten zur Anwendung, auch ist den Kranken enger Anschluß an die Familie des Arztes im Prospekt in Aussicht gestellt. Im Jahre 1901 waren im ganzeu 99 Patienten aufgenommen; hievon hatten 35 der Versicherungsanstalt Württemberg oder Krankenkassen angehörige einen täglichen Durchschnittspreis von 5 M. 70 Pf. auf den Kopf für die gesamte Verpflegung einschließlich des ärztlichen Honorars, der Bäder, der Arzneien, der Heizung und Beleuchtung zu entrichten, weitere 19 Patienten bezahlten für diese Verpflegung durchschnittlich 6—7 M., für den Tag, nur 45 Patienten wurden die im Prospekt bezeichneten Preise angesetzt, aber niemals deren Höchstbetrag; nach dem Prospekt beträgt der Pensionspreis je nach Wahl des Zimmers täglich 6—10 M., bei einfacherer Beköstigung von 4 M. an, und ist daneben als ärztliches Honorar wöchentlich der Betrag von 10—20 M. vorgesehen; in vielen Fällen wurde übrigens nach der Versicherung des Beschwerdeführers bei vermöglichen Patienten eine monatliche Pauschalsumme für sämtliche Leistungen vereinbart; geistige Getränke werden den Patienten in der Anstalt für die Regel nicht verabreicht. Im Jahre 1902 waren in der Anstalt 105 Kranke mit 7180 Verpflegungstagen, so daß auf einen Kranken durchschnittlich 68 Tage entfallen; von den Kranken wurden 3 unentgeltlich behandelt nnd verpflegt, 39 zahlten täglich 3—7 M. für alle Leistungen und 63 entrichteteu den vollen Pensionspreis.

Hieraus ergibt sich, daß es sich bei dem Beschwerdeführer wirtschaftlich nicht um zwei gesonderte Betriebe, sondern um einen einheitlichen Betrieb handelt; der Beschwerdeführer bezweckt auch nicht, durch zwei besonders geartete Richtungen seines Betriebs gesonderte für sich in Betracht kommende Gewinne zu erzielen, vielmehr will er in dem einheitlichen Betrieb sich und seiner Familie zugleich standesgemäßen Unterhalt verschaffen und darüber hinaus als das Gesamtergebnis des einheitlichen Be-

triebs einen angemessenen Geldgewinn erzielen; anscheinend in der Mehrzahl der Fälle wird ein besonderes Honorar für ärztliche Bemühungen nicht vereinbart und auch wo auf Grund des Prospekts die ärztlichen Bemühungen besonders honoriert werden, hat für den Beschwerdeführer lediglich die Gesamttagesleistung des Patienten ein praktisches Interesse, während eine Unterscheidung, wieviel von der Gesamtvergütung auf die ärztlichen und wie viel auf die sonstigen Leistungen entfällt, ohne Bedeutung ist.

Im Hinblick auf diese einheitliche Gestaltung des Betriebs des Beschwerdeführers und des daraus fließenden Einkommens muß dieser Betrieb auch einer einheitlichen umfassenden Besteuerung unterstellt werden, es ist nicht angängig, durch künstliche mit der Wirklichkeit im Widerspruch stehende Annahmen den einheitlichen Wirtschaftsbetrieb in zwei steuerlich besonders zu behandelnde Betriebe zu spalten und für diese gesonderten Betriebe zwei selbständige, unter verschiedenen steuerlichen Gesichtspunkten stehende Gewinne willkürlich zu konstruieren.

III. Steht hiernach fest, daß der Betrieb der Heilanstalt des Beschwerdeführers als eine wirtschaftliche Einheit auch einer einheitlichen Besteuerung unterliegt, so fragt es sich, ob das Einkommen aus diesem Betrieb in seiner Totalität zur Gewerbesteuer oder zur Berufseinkommensteuer heranzuziehen ist. Mit Grund behauptet der Beschwerdeführer, daß es ihm bei dem fraglichen Betrieb lediglich um die Ausübung des ärztlichen Berufs zu tun sei, daß er mit diesem Betrieb ausschließlich durch Verwertung seiner ärztlichen Kenntnisse und Erfahrungen ein seiner beruflichen Ausbildung entsprechendes Einkommen zu erzielen suche, daß die neben der ärztlichen Behandlung hergehende Beherbergung und Verköstigung der Kranken keine selbständige wirtschaftliche Bedeutung habe, sondern mit der Ermöglichung der durchgreifenden Beaufsichtigung der Kranken und der Regelung ihrer Diät und Beschäftigung auch dem ausschließlich verfolgten Heilzwecke diene, ein weiteres Mittel für die-

sen Heilzweck bilde und sich so demselben vollständig unterordne. Der Betrieb des Beschwerdeführers wird vollständig beherrscht von der berufsmäßigen ärztlichen Tätigkeit, diese Tätigkeit ist wirtschaftlich und steuerlich die Hauptsache, die Hauptquelle, aus welcher das gesamte im Betrieb erzielte Einkommen fließt; im Vergleiche hiemit erscheint die an sich einen gewerblichen Charakter tragende Verpflegung der Kranken als ein Accessorium, als eine untergeordnete Nebensache, welche auch in steuerrechtlicher Hinsicht das Schicksal der Hauptsache zu teilen hat. Dieser Standpunkt ist der Steuergesetzgebung nicht fremd, insbesondere in dem neuen württembergischen Einkommensteuergesetz vom 8. August 1903 kommt diese Auffassung mehrfach zum Ausdruck. Der Ertrag eines land- oder forstwirtschaftlichen Nebengewerbes, das in Verbindung mit der land- oder forstwirtschaftlichen Benützung eines Grundstücks unternommen wird, wird als Teil des Ertrags des Grundstücks behandelt (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 1); das gewerbliche Einkommen hat die Eigentümlichkeit, daß es je nach der Art des Betriebs Einkommensarten umfaßt, welche ohne eine Verbindung mit dem Gewerbebetrieb Einkommen aus Kapitalvermögen, aus Grundvermögen oder aus gewinnbringender Beschäftigung bilden würden (vergl. Göz, Einkommensteuergesetz S. 171); die Zinsen und sonstigen Bezüge aus Forderungen und Wertpapieren, welche zum land- oder forstwirtschaftlichen oder gewerblichen Betriebskapital gehören, gelten als Einkommen aus dem Grundeigentum und aus dem Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 4). Unter der Herrschaft des neuen Einkommensteuergesetzes wäre nach dem darin anerkannten Grundsatz, daß die Hauptsache im Zweifelsfalle die steuerrechtliche Natur des untrennbaren Einkommens aus einem Betriebe bestimmt, im vorliegenden Falle das gesamte aus dem Betrieb der Heilanstalt fließende Einkommen als Berufseinkommen aufzufassen (vergl. Göz a. a. O. S. 174, 196); es steht nichts im Wege, diese aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abgeleitete Auslegungsregel, mit

welcher die derzeit geltenden gesetzlichen Vorschriften nirgends im Widerspruch stehen, auf die Abgrenzung des beruflichen Einkommens im Sinne des Steuergesetzes vom 19. September 1852 und des gewerblichen Einkommens im Sinne des Steuergesetzes vom 18. April 1873 in einem Falle, wie der vorliegende, anzuwenden.

Demgemäß ist, insolange die Heilanstalt von dem Beschwerdeführer in der seitherigen Weise betrieben wird, das gesamte Einkommen aus diesem Betrieb, wie es sich nach Art. 6 des Steuergesetzes vom 19. September 1852 berechnet, unter Freilassung von der Gewerbesteuer ausschließlich der Berufseinkommensteuer zu unterstellen.

Im Einklang mit dieser Auffassung steht auch die Rechtsprechung des Badischen Verwaltungsgerichtshofs und des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, wie sich aus den beiden von dem Bevollmächtigten des Beschwerdeführers vorgelegten Urteilen ergibt (vergl. auch Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts Bd. 3 S. 250, Bd. 4 S. 431, Bd. 5 S. 391, Bd. 7 S. 418, Bd. 10 S. 398 ff. und Preuß. Verwaltungsblatt Jahrg. 1901/2 S. 617:).

Urteil vom 3. Februar 1904 in der Rechtsbeschwerdesache des Dr. K. R.

III.

Abhandlungen.

1.

Ueber Anfechtbarkeit eines Viehkaufs wegen Irrtums, auf Grund heimlicher Mängel.

Von RA. Dr. Hirsch in Ulm.

In Bd. 15 S. 253 ff. dieser Jahrbücher hat Amtsrichter Breucha zu obigem Gegenstand längere Ausführungen veröffentlicht, denen ich im Ergebnis, aber aus ganz andern Gründen zustimme.

Auch wenn man nämlich im Gegensatz zu Breucha der Ansicht ist, es handle sich bei Fehlern von Haustieren, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufheben oder doch (in erheblichem Grad) mindern, also insbesondere bei den sog. Hauptmängeln, um verkehrswesentliche Eigenschaften im Sinn des § 119 B.G.B. (was angesichts der Motive zum B.G.B. Bd. 2 S. 252 wohl ernstlich nicht wird bestritten werden können) und wenn man andererseits mit Breucha davon ausgeht, der § 119 finde auch beim Viehkauf Anwendung, gelangt man doch von einem andern Gesichtspunkt aus zu dem Ergebnis, daß ein Viehkauf wegen heimlicher Mängel des Tiers auf Grund Irrtums i. S. des § 119 Abs. 2 B.G.B. (vielleicht abgesehen von vereinzelten, besonders gelagerten Fällen) nicht anfechtbar ist. Der Schlüssel der Lösung der Frage liegt in der richtigen Anwendung des Begriffs „Irrtum" auf die „heimlichen Mängel". Die Viehwährschaft bezieht sich auf die

Haftung für heimliche Mängel der Haustiere; kennt der Erwerber den Mangel, so hat gemäß § 460 B.G.B. der Veräußerer den Mangel nicht zu vertreten; nur für dem Erwerber unbekannte Mängel hat der Veräußerer zu haften. Muß aber schon bei leblosen Sachen mit der Möglichkeit heimlicher Mängel gerechnet werden, um wieviel mehr ist dies der Fall bei lebenden Tieren. Bei lebenden Organismen läßt sich wegen der physiologischen Veränderungen, welchen dieselben in jedem Augenblicke ihres Lebens unterworfen sind, eine Gewißheit darüber nie gewinnen, ob der gesundheitliche Zustand ein absolut mangelfreier ist; selbst der beste Diagnostiker kann nur mit mehr oder weniger Sicherheit vermuten, daß der Gesundheitszustand ein guter und Krankheiten (Mängel) nicht vorhanden sind; erst wenn letztere in die äußere Erscheinung treten, ist eine sichere Beurteilung, daß sie vorhanden sind, möglich, bis dahin kann man ihre Abwesenheit nur vermuten, nicht gewiß wissen.

Wie ist aber der Irrtum zu definieren? Der Irrtum ist das Fürwahrhalten einer Tatsache, welche in Wahrheit sich anders verhält; der Irrtum ist ein Falschwissen. Der Irrtum bezieht sich also auf die Sphäre des W i s s e n s, nicht des M e i n e n s, G l a u b e n s. Der Käufer eines Tiers hat den Wunsch, daß das zu erwerbende Tier gesund sei, er m e i n t, v e r m u t e t, h o f f t, es seie gesund; nicht aber w e i ß er, daß es gesund ist. Im Gegenteil: er w e i ß, daß das Tier vielleicht doch, seiner Erwartung zuwider, einen heimlichen Fehler haben könnte. Und gerade darum (dies trifft auch auf die allgemeine Mängelgewähr zu) ist in den Vorschriften über Gewährleistung für Fehler veräußerter Sachen Abhilfe getroffen, weil kein Käufer die Sicherheit, die Gewißheit, das Wissen hat, daß der Kaufsgegenstand fehlerlos sei, weil er vielmehr mit der Möglichkeit rechnen muß, es haften der Kaufsache heimliche, bei äußerlicher Besichtigung nicht erkennbare Mängel an. Der Rechtsgrund der ädilicischen Rechtsbehelfe liegt also nicht, wie Hachenburg annimmt, in dem Irrtum des Käufers (denn ein solcher ist

nicht vorhanden; er wußte ja, daß nachträglich sich Mängel herausstellen könnten), sondern er liegt in der von den Aedilen gehandhabten aequitas, in Billigkeitsrücksichten: es erschien unbillig, den Käufer, der bei Abschluß des Rechtsgeschäfts lediglich von der Möglichkeit, aber nicht von der Gewißheit von Fehlern ausging, in dem Falle, wenn wirklich das als bloß möglich unterstellte Vorhandensein heimlicher Fehler sich bewahrheitete, zum Behalten der, wie jetzt gewiß wurde, fehlerbehafteten Sache um den vereinbarten Kaufpreis zu zwingen; es erschien gerechtfertigt, den Schaden nicht dem in seinen Hoffnungen getäuschten Käufer aufzubürden, sondern dem Verkäufer, den ohne Dazwischentreten des Veräußerungsgeschäfts der Nachteil auch getroffen haben würde. Jeder Kauf eines Haustiers ist ein gewissermaßen gewagtes, aleatorisches Geschäft, eine emptio spei; es liegt die Hoffnung auf Erwerb eines mangelfreien Tiers vor, aber die Hoffnung kann auch fehlschlagen, der Käufer weiß nie gewiß, daß das Tier mangelfrei ist. Stellt sich darum nachträglich der Mangel heraus, so tritt nur eine Tatsache ein, welche der Käufer im voraus als möglich hatte in Rechnung stellen müssen; es verwirklicht sich etwas, was der Käufer vorher wußte, nämlich es bewahrheitet sich die zuvor als ungewiß, aber im Bereich des Möglichen vorhandene Tatsache, daß ein heimlicher Fehler zur Zeit des Vertragsschlusses (bezw. der Uebergabe, welche aus Billigkeitsrücksichten als ausschlaggebender bezw. für die Fristberechnung maßgebender Zeitpunkt aufgestellt ist) vorhanden gewesen ist. Der Käufer hat sich also in keinem Irrtum befunden; sondern seine Hoffnung auf Fehlerfreiheit ist eine trügerische gewesen. Der § 119 B.G.B. ist aber nicht geschaffen, um dem Fehlschlagen einer Hoffnung abzuhelfen; sondern er will nur eine Willenserklärung für anfechtbar erklären, welche bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben worden wäre: bei Erwerb des nachher als fehlerhaft sich erweisenden Tiers kannte aber der Erwerber die Sachlage dahin, daß eine Gewißheit der Fehlerfreiheit für ihn nicht mög-

lich und mit der Möglichkeit eines heimlichen Fehlers zu rechnen sei. Freilich hätte der Käufer den Kauf nicht abgeschlossen, wenn schon beim Handel ihm die Sachlage bekannt d. h. der Fehler ein offenbarer gewesen wäre; aber eben weil beim Vertragsschluß der Fehler ein verborgener war, hat er die Willenserklärung abgegeben in Kenntnis der Sachlage, daß ein Fehler zwar möglich, aber ungewiß und daher vielleicht auch nicht vorhanden sei. Wollte man den Wortlaut des § 119 B.G.B. gegenteilig auslegen, so würden überhaupt keine Verträge über Haustiere geschlossen, wenn schon die Kenntnis der Möglichkeit nachträglich sich zeigender Fehler vom Vertragsschluß abhalten würde und schon bei Kenntnis der Möglichkeit von Fehlern auf den Abschluß von Veräußerungsgeschäften abzielende Willenserklärungen nicht abgegeben würden. Das Spezialrecht der Gewährleistung für heimliche Mängel ermutigt eben zum Abschluß von Sachkäufen bei nicht im vorhinein feststehender Fehlerfreiheit und darum will der Käufer trotz Zweifels an der Fehlerfreiheit („bei verständiger Würdigung des Falles", § 119 B.G.B.) derartige Willenserklärungen abgeben.

Erwähnt sei, daß aus denselben Gründen die condictio causa data non secuta des § 812 B.G.B. nicht Platz greifen kann, eben weil nicht die Gewißheit der Fehlerfreiheit Voraussetzung des Rechtsgeschäfts war und „der nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg" der Erwerb nicht eines als gesund feststehenden, sondern eines als gesund erhofften Haustiers gewesen ist [1]).

Falls vorstehende Ausführungen noch einer weiteren

1) Nebenher mag noch bemerkt werden, daß die — hier abgelehnte — Anfechtung des Veräußerungsgeschäfts wegen Mängeln auf Grund des § 119 B.G.B. sich nur auf schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, nicht erst im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, insbesondere der Uebergabe vorhandene Mängel würde beziehen können, weil von dem „Irrtum" nicht das Erfüllungsgeschäft, die Abnahme, sondern nur der Vertragsschluß beeinflußt sein würde und die Uebernahme des Tiers nicht eine Folge des Irrtums, sondern eine notwendige Konsequenz des vorangegangenen Kausalgeschäfts ist).

Stütze bedürfen sollten, so möge diese durch folgende Erwägung gegeben sein. Mit dem gleichen Recht, wie der Käufer den Vertrag wegen Fehler auf Grund der Gesetzesbestimmungen über den Irrtum anzufechten berechtigt wäre, würde auch ein Verkäufer denselben mit der Begründung anfechten können: er sei seiner Sache nicht sicher gewesen, ob das Tier nicht einen Fehler habe und nur darum habe er es so billig hergegeben; jetzt habe sich nachträglich gezeigt, daß das Tier fehlerfrei sei, also habe er sich über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Tieres geirrt und sei an den Vertrag nicht gebunden. Mit Recht würde ihm das Gericht entgegenhalten: „niemand hat in das Tier hineinsehen können; weil Du ungewiß warst, hast Du auch damit rechnen müssen, das Tier könne fehlerlos sein und es steht Dir daher die Anfechtung wegen Irrtums nicht zur Seite."

Das Mitleid mit dem geschädigten Käufer, das man in gleicher Weise dem Verkäufer nicht entgegenbringen zu müssen meint, möchte ja leicht dazu führen, den ersteren gegen nachträglich auftauchende Fehler zu schützen: aber das deutschrechtliche Prinzip, mit welchem wir es de lege lata zu tun haben, schließt derartige Erwägungen aus. Der vorsichtige Käufer mag sich durch vertragsmäßige Garantieleistung schützen; erfolgt eine solche nicht, so muß er abgesehen von den gesetzlichen Hauptmängeln andere Gründe der Minderwertigkeit des erworbenen Tiers in den Kauf nehmen[1]).

2.

Zu § 194 Abs. 2 C.P.O.

Von Dr. jur. Eisele, Rechtsanwalt in Vaihingen a. Enz.

Durch die Novelle zur C.P.O. vom 17. Mai 1898 ist dem Zustellungsbeamten in dem oben erwähnten Gesetzesparagraphen zur Auflage gemacht, auf dem bei der Zustellung zu übergebenden Schriftstücke zu vermerken, für welche Person

1) Vgl. zu den vorstehend behandelten Fragen noch: Danz in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 46 (N. F. Bd. 10) S. 381 ff., insbes. S. 463 ff., 417 ff. und die dort Citierten.

er dasselbe der Post übergibt.

Der Gedanke, der zu dieser Bestimmung geführt hat, ist ein durchaus vernünftiger. Der Zustellungsempfänger hat einen Anspruch darauf, zu wissen, in wessen Auftrag der Zustellungsapparat in Bewegung gesetzt worden ist. Und es ist unbestreitbar, daß der im Gesetz gewählte Weg der einfachste ist. So hatten denn auch schon vor der Novelle einige Bundesstaaten, z. B. Preußen, im Verwaltungsweg ähnliche Bestimmungen erlassen gehabt. Selbstverständlich, und es ist dies auch durch verschiedene Entscheidungen festgelegt, hatten diese Ministerialverfügungen nicht etwa die Wirkung, daß im Falle ihrer Nichteinhaltung der Zustellungsakt als solcher ungültig gewesen wäre; es waren eben aus Zweckmäßigkeitsrücksichten herausgewachsene instruktionelle Bestimmungen.

Es erhebt sich nun die Frage: Ist die Reichsgesetz gewordene Bestimmung des Abs. 2 des § 194 C.P.O. ein Essentiale des Zustellungsaktes geworden?

Ich glaube, diese Frage mit Entschiedenheit verneinen zu müssen. Nicht einmal der Wortlaut des Gesetzes zwingt zur Bejahung. Es heißt allerdings: „Der Gerichtsvollzieher . . . hat zu vermerken"; allein in unseren Reichsgesetzen ist der Unterschied zwischen „hat zu geschehen" und „soll geschehen" nicht mit Konsequenz durchgeführt, und überdies läßt auch die erstere Form zwangslos die Deutung einer bloß instruktionellen Vorschrift zu.

Aber ich meine, praktische Bedenken zwingen geradezu zur Verneinung der aufgeworfenen Frage. Einmal hat die Partei, bezw. deren Anwalt gar keine Kontrolle darüber, ob der Zustellungsbeamte die Vorschrift befolgt hat. Das zuzustellende Schriftstück bleibt in der Hand des Gegners; die Urschrift, welche der die Zustellung betreibenden Partei zurückgegeben wird, enthält kein Wort darüber, ob der Vermerk angebracht ist oder nicht. Es kann nun doch nicht der Wille des Gesetzes sein, daß in solchen Fällen, wo es sich unter Umständen um die einschneidendsten Lebensinteressen

des Publikums handelt, wo häufig die Wahrung von Fristen und Notfristen in Frage kommt, das rechtsuchende Publikum und der Anwaltsstand einfach den Händen eines mehr oder weniger zuverlässigen Militäranwärters mit seiner äußerst mäßigen Vorbildung ausgeliefert ist. Die Gefahr für das Publikum ist eine um so größere, als der Staat für Nachlässigkeiten der Zustellungsbeamten (wenigstens bei uns in Württemberg) nicht haftet. Die geschädigte Partei ist also ausschließlich auf ihren Regreß an die meist vermögenslosen Zustellungsbeamten angewiesen!

Und weiter: Die Formalitäten z. B. eines eingelegten Rechtsmittels (Einspruch, Berufung) sind von Amtswegen zu prüfen. Nehmen wir nun den Fall, in einer Berufungsverhandlung ist der Berufungsgegner nicht erschienen. Es kann also auch die diesem zugestellte Berufungsschrift nicht auf ihre Formgültigkeit geprüft werden. Geht man nun davon aus, daß die Bestimmung des Abs. 2 des § 194 C.P.O., eine Essentiale des Zustellungsaktes ist, so kann folgerichtig niemals ein Versäumnisurteil gegen den Berufungsbeklagten erlassen werden; denn es ist ja nicht nachgewiesen, daß in dem demselben zugestellten Berufungsschriftsatz vermerkt ist, für wen die Zustellung erfolgt ist. Damit wären den Chicanen einer böswilligen Partei Tür und Tor geöffnet!

Und endlich: In der Regel wird ja, soweit meine Erfahrungen gehen, der mehrfach erwähnte Vermerk mit Stempeldruck auf dem Schriftsatz selbst angebracht; allein andere Zustellungsbeamte, wie z. B. der am Amtsgericht Vaihingen, haben sich auf ein Fetzchen Papier diesen Vermerk drucken lassen, den sie nun bei ihren Zustellungen mehr oder weniger sorgfältig mit einer Oblate ankleben. Nun muß ja doch derjenige, der die Zustellung bewirkt hat, die Formgültigkeit derselben nachweisen: aber wie soll er den Beweis führen, wenn auf dem in der Verhandlung vorgelegten gegnerischen Schriftsatz das Fetzchen Papier abgefallen ist, oder wenn es — sei es fahrlässiger Weise, etwa durch spielende Kinder oder böswilligerweise durch den Prozeßgegner selbst — ent-

fernt worden ist?

Ich meine, diese praktischen Bedenken sind so schwerwiegend, daß kein Gericht sich ihnen verschließen könnte. Und doch hat ein württembergisches Gericht wiederholt dahin entschieden, daß die Berufungen — um solche handelte es sich — wegen des Fehlens des fraglichen Vermerks auf Rüge des Gegners verworfen worden sind. Und doch stand fest, daß der Zustellungsgegner keinen Moment darüber im Zweifel sein konnte, in wessen Auftrag die Zustellung erfolgt ist. In dem einen Fall hatte der Berufungsanwalt, welcher zugleich auch Prozeßbevollmächtigter erster Instanz war, dem gegnerischen Vertreter vor Erhebung der Berufung schriftlich mitgeteilt gehabt, daß er unverzüglich gegen das amtsgerichtliche Urteil Berufung einlegen werde; wenige Tage nach dieser Mitteilung ist demselben der vom Berufungsanwalt unterzeichnete Berufungsschriftsatz zugestellt worden; er hat nicht bestritten, daß er über die Person des Auftraggebers des Zustellungsbeamten auch nur den Bruchteil einer Sekunde im Zweifel war, und doch hat das Berufungsgericht die eingelegte Berufung aus dem erwähnten formellen Grunde verworfen! Summum ius summa injuria!

Ich bemerke noch, daß andere Gerichte erfreulicherweise sich auf einen anderen, der Zweckmäßigkeit mehr entsprechenden und der ratio legis mehr gerecht werdenden Standpunkt gestellt haben (so das Oberlandesgericht Augsburg in einer Entscheidung vom 21. März 1900, das Oberlandesgericht Jena in einer solchen vom 3. Mai 1900 und das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 23. November 1900). Anders freilich Gaupp-Stein, auch in seiner neuesten 6. und 7. Auflage[1]).

1) In der Begründung der Civilprozeßnovelle heißt es in betreff des zweiten Absatzes des § 194: Der Entwurf macht in dem neuen Absatz 2 dem Gerichtsvollzieher zur Pflicht, die Person seines Auftraggebers sowohl in dem „erwähnten“ die Uebergabe an die Post betreffenden „Zeugnis, als auch auf dem bei der Zustellung zu übergebenden Schriftstück zu vermerken“; das scheint darauf hinzudeuten, daß die Vorschrift als eine instruktionelle gemeint ist. — Anm. d. Red.

Literarische Anzeigen.

Die zweite Auflage des Staudinger'schen Kommentars zum BGB. (vrgl. Jahrb. Bd. 15 S. 134, 272. 386) schreitet rüstig voran; der „Allgemeine Teil" ist vollendet; das Familienrecht ist bis § 1600 vorgeschritten; für die Bearbeitung des Rechts der Schuldverhältnisse ist (an Stelle des erkrankten OLGR. Mayring) Professor Dr. Kuhlenbeck gewonnen. Auch im neuesten (55.) Band der Entscheidungen des Reichsgerichts ist der Kommentar (meist noch in der ersten Auflage) mehrfach angeführt.

Von dem Warneyer'schen „Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts" – vrgl. Jahrb. Bd. 14 S. 386 — ist der zweite Jahrgang in einem stattlichen Band von 497 Seiten erschienen (geb. 11 M), der neben der Literatur und Rechtsprechung des Jahrs 1903 zum BGB. (nebst EG.), FGG., ZVG., GBO. auch die der Jahre 1900—1903 zum HGB., WO., ZPO., KO. und Anfecht.-Gef. enthält und für den das in betreff des ersten Jahrgangs a. a. O. Gesagten gleichfalls gilt.

Von der zweiten Auflage des „deutschen Grundbuchrechts" (nebst den württ. Ausführungsbestimmungen) von Klumpp — vrgl. Jahrb. Bd. 14 S. 255 — ist die 4. Lieferung, in den §§ 191–261 (S. 659—1034) das Pfandrecht an Grundstücken enthaltend (Preis: 6 M) erschienen; das Erscheinen der fünften und letzten Lieferung stellt die Verlagsbuchhandlung für spätestens Anfang des Jahrs 1905 in Aussicht. In betreff des Inhalts auch der neuesten Lieferung kann auf das früher Gesagte verwiesen werden.

Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg. Auf der Grundlage des Handbuchs von Dr. L. Gaupp dargestellt von Dr. Karl Göz. (3. Auflage des Gaupp'schen Handbuchs.) Tübingen und Leipzig, Verlag von J. C. B. Mohr, geheftet 11, gebunden 12 M.

Es wird allerseits mit Freude begrüßt werden, daß das Gaupp'sche Staatsrecht, das — wie der Neubearbeiter in seinem Vorwort mit Recht bemerkt — unter den Darstellungen des württ. Staatsrechts den ersten Platz einnimmt, durch den Tod des Verfassers nicht in die

Gefahr geraten ist, in einzelnen Teilen zu veralten, sondern daß einer der hervorragendsten württ. Juristen, der zudem mitten in der staatsrechtlichen Praxis steht, auf der Grundlage des Gaupp'schen Werks eine dem dermaligen Stand der Landes- und Reichsgesetzgebung entsprechende Darstellung des württ. Staatsrechts gibt. Daß es sich hiebei um gänzliche Neugestaltung wichtiger Lehren handelt, ergibt schon das Vorwort, das als solche Lehren hervorhebt: die Rechtsfähigkeit der Vereine, die freiwillige Gerichtsbarkeit, das Steuerwesen im Staat und in der Gemeinde, das Wasserrecht, das evangelische Kirchenregiment unter der Regierung eines nicht der evang. Konfession angehörigen Landesherrn. Dafür, daß diese Neu-Darstellung ebenso wie die Ueberarbeitung der übrigen Lehren an Gründlichkeit, Zuverlässigkeit und Schärfe der Auffassung der Gaupp'schen Arbeit nichts nachgibt, bürgt der Name des Verfassers und seine bisherige literarische Tätigkeit auf dem Gebiet des württ. öffentlichen Rechts. Pf.

Noch einige Bemerkungen zu Romeick: Rechtsnachfolge.

von Landrichter Schöninger in Stuttgart.

Der von Romeick deduzierte Kondiktionsanspruch des früheren Eigentümers gegen den gutgläubigen Erwerber [1]) steht in vollem Widerspruch mit dem § 816 BGB.; wenn ein Nichtberechtigter über eine fremde Sache verfügt und der Eigentümer dadurch sein Recht verliert, so hat dieser keinen Kondiktionsanspruch gegen den gutgläubigen Erwerber (ausgenommen den Fall des schenkungsweisen Erwerbs § 816 A. 1 S. 2), sondern nur gegen den verfügenden Nichtberechtigten. Die Grundlage dieses Bereicherungsanspruchs aus § 816 ist doch folgende: Der Schuldner, der zur Leistung einer Sache (Eigentumsverschaffung) verpflichtet ist, bewirkt diese Leistung, wenn ihm die Sache gehört, durch die normale Eigentumsübertragung; aber auch dann, wenn ihm die Sache nicht gehört, kann er die ihm obliegende Leistung bewirken, allerdings durch andere sachenrechtliche Tatbestände, nämlich dadurch, daß der Gläubiger das Eigentum der Sache erwirbt durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§§ 946 ff. BGB.), durch Ersitzung (§§ 900, 937) oder was besonders nach neuerem Recht praktisch ist, durch den Tatbestand des § 932 BGB. (gutgläubiger Erwerb). Ist der Erfolg des Eigentumserwerbs durch einen dieser Tatbestände in der Person des Gläubigers eingetreten, so ist der Schuldner seiner Verpflichtung vollständig nachgekommen, er hat geleistet (fr. 60 fr. 61 fr. 78 (46, 3). Es kommt für den Begriff der Leistung (als Erfüllung, Schenkung, Darlehen) gar nicht darauf an, in welcher rechtlichen Form der Gläubiger den Effekt der Leistung, das Eigentum, erhielt und ebensowenig, ob der Leistende das Material zu der Leistung aus eigenem oder fremdem Vermögen entnahm. Wenn Romeick die Auffassung verwunderlich findet (S. 25), daß dann der Usukapient pro emtore Käufer, der Usukapient pro donato Beschenkter wäre, so ist darauf nur zu erwidern: Gewiß ist er es! Wer eine Sache aus Kauf schuldet und eine fremde Sache leistet, hat seine Kaufverpflichtung erfüllt, sobald der Käufer die geleistete fremde Sache ersessen hat (fr. 60 (46, 3); wer eine fremde Sache geschenkt erhält, ist Beschenkter, sobald er diese Sache durch Ersitzung (oder

1) Vgl. Jahrb. Bd. 15 S. 387.

Verbindung 2c.) zu Eigentum erwarb (fr. 13 pr. (39, 6) fr. 33 eod.).. wer fremdes Geld als Darlehen gab, ist eigener Darlehensgeber und der Empfänger Darlehensschuldner, sobald dieser an dem Geld durch Vermischung (oder gemäß § 932 BGB.) Eigentum erwarb (fr. 13 pr. § 1 fr. 19 § 1 (12, 1). Gerade darauf beruht ja der Bereicherungsanspruch des § 816 BGBs, daß es durch die Tatbestände der Vermischung (der in § 951 noch besonders erwähnt ist) und des § 932 BGBs möglich ist, Leistungen aus fremdem Vermögen zu machen und daß der frühere Eigentümer — abgesehen vom Fall der schenkungsweisen Leistung — zur Ausgleichung seines Rechtsverlusts an den leistenden Nichtberechtigten verwiesen werden muß.

Es gibt allerdings Fälle in denen der Schuldner einer Sache, trotzdem der Gläubiger diese Sache definitiv erhalten hat, nicht als Leistender gilt, nämlich dann, wenn der Gläubiger die Sache ohne jedes Zuthun des Schuldners durch einen ganz selbständigen Erwerbsakt empfieng, durch Erbgang, durch eigenen Kauf vom Eigentümer; in diesem Fall braucht der Käufer keinen Kaufpreis zu bezahlen und kann den bezahlten Kaufpreis vom Verkäufer, der nichts geleistet hat, zurückfordern (fr. 9 fr. 41 § 1 (21, 2) fr. 84 § 5 leg. I): aber dann kann natürlich auch von einem Kondiktionsanspruch aus § 816 gegen den Schuldner nicht die Rede sein.

Zur Leistung (Erfüllung, Schenkung, Darlehen) vermöge der Tatbestände der Verbindung, Ersitzung, des § 932 ist erforderlich, daß der Leistende durch Uebergabe der Sache dem Erwerber Macht und Gelegenheit zu dem betreffenden Erwerbsakt gab (cfr. occasionem usucapionis praestitisset fr. 33 (39, 6) und dieser Kausalzusammenhang nicht durch einen andern Erwerbsakt des Empfängers von dritter Seite her gestört wurde.

Nun ist aber weiter zu beachten, daß die Tatbestände der Verbindung, Vermischung und Ersitzung keine Rechtsgeschäfte im Sinne der §§ 104 ff. BGBs sind und daher auch von den Bestimmungen über Nichtigkeit und Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte (§§ 134 ff.) nicht betroffen werden können. Dasselbe gilt aber auch, jedenfalls für die Seite des verfügenden Nichtberechtigten vom Tatbestand des § 932 BGBs, von dem ja Romeick selbst lehrt, daß er nur eine nackte Tatsache sei. Da dieser Tatbestand dem § 929 ausdrücklich nachgebildet ist, werden wohl verschiedene rechtsgeschäftliche Erfordernisse z. B. Geschäftsfähigkeit beider Teile aufzustellen sein, aber sicher sind andere subjektive vitia in der Person des Verfügenden und zwar speziell dessen Rechtlosigkeit bezüglich der veräußerten Sache unerheblich, da sonst die ganze Bestimmung des § 932 praktisch wertlos wäre und zu den unhaltbaren Konsequenzen führen müßte, wie sie von Romeick dargelegt sind.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

14.

Mitwirkendes eigenes Verschulden des Beschädigten (§ 254 B.G.B.)

Hierüber sagen die den Sachverhalt ergebenden

Gründe

eines Berufungsurteils:

Die Anwendung des § 254 des B.G.B.'s konnte nicht als begründet erkannt werden.

Die Voraussetzung dieser Gesetzesbestimmung ist, daß ein Verschulden des Geschädigten bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. Es ist ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und dem Verschulden des Beschädigten erforderlich, welcher neben dem schadenbringenden Ereignis jenes Verschulden als die Bedingung des eingetretenen Erfolgs erscheinen läßt. Diese Voraussetzung trifft hier nicht zu. Ein schuldhaftes Verhalten des Klägers mag dabei erblickt werden, daß er auf der Ortsstraße zu Th. mit H. Sch. — dem Vater des Bekl. — Streit angefangen und diesen mit einem Prügel mißhandelt hat; daß der Kläger sonach die hieraus entstehende Rauferei begonnen hat. Nun mag wohl zugegeben werden, daß derjenige, der Raufhändel beginnt, die Folgen, die ihn bei den Raufhändeln selbst treffen, mitverschuldet hat. So liegt aber hier die Sache nicht. Der Ueberfall bei der Mühle hat sich

nicht in der Weise an die Schlägerei auf der Straße angeschlossen, daß sich beides als ein Raufhandel ansehen lassen könnte; ein Zusammenhang beider Akte besteht nur insofern, als das Verhalten des Klägers bei der ersten Schlägerei für den Beklagten mit anderem den Beweggrund zu dem nachherigen Ueberfall gegeben hat; der Beklagte mag sich zu letzterem entschlossen haben, um die seinem Vater angetane Unbill zu vergelten. Ein solcher Zusammenhang läßt sich nicht als ein ursächlicher Zusammenhang in dem Sinn ansehen, daß das Verhalten des Klägers zur Herbeiführung des schließlichen Erfolgs mitgewirkt hätte. Dasselbe gilt, wenn das schuldhafte Verhalten des Klägers in der behaupteten Beschimpfung und Herausforderung vor dem Ueberfall erblickt wird. Selbst wenn diese tatsächliche Behauptung entgegen dem Ergebnis des Strafverfahrens auf Grund des angebotenen Zeugnisses des H. S. als erwiesen angenommen werden wollte, so würde auch hier das Verhalten des Klägers höchstens als ein für den Beklagten übrigens nicht ausschlaggebender Beweggrund in Betracht kommen, der mit bestimmend war, den schon vorher geplanten Ueberfall zur Ausführung zu bringen.

Urteil des I. Civilsenats vom 3. April 1903 i. S. Schneider g. Betz.

15.

Konkurenzklausel (Verwirkung der auf „Anfangen eines gleichartigen Geschäfts" gesetzten Vertragsstrafe durch Eintritt als Prokurist in eine offene Handelsgesellschaft).

Bekl. hat sich dem Kl. gegenüber anläßlich des Verkaufs seiner Trikotwarenfabrik am 29. April 1899 verpflichtet, „binnen 3 Jahren kein ähnliches oder gleiches Geschäft anzufangen" bei einer Vertragsstrafe von 5000 M. Im Sommer 1899 trat Bekl. mit K. O. wegen „gemeinschaftlicher" Gründung einer Trikotweberei in Unterhandlung, trat dann aber

als Prokurist in die von K. und G. O. unter der Firma „K. O. u. Cie.“ gegründete offene Handelsgesellschaft zum Betrieb einer mechanischen Trikotweberei ein. Am 1. Januar 1901 schloß er mit den damaligen Gesellschaftern K. O. und H. B. einen Vertrag, dessen wesentlicher Inhalt aus den nachstehenden Entscheidungsgründen sich ergibt. Auf Klage des Kl. ist Bekl. zur Bezahlung der Vertragsstrafe von 5000 M. verurteilt worden.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Daß der Beginn eines eigenen Geschäfts seitens des Bekl. auch dann anzunehmen wäre, wenn er in ein bereits bestehendes Konkurrenzgeschäft als offener Handelsgesellschafter eingetreten wäre, kann nicht zweifelhaft sein. Das Vorliegen eines eigenen, selbständigen Betriebs seitens des Bekl. müßte aber auch dann bejaht werden, wenn seine Stellung in dem O.'schen Konkurrenzgeschäft nur die eines Innengesellschafters gewesen sein sollte, d. h. wenn sein Verhältnis zu K. O. und nachher auch zu H. B. derartig gestaltet gewesen sein sollte, daß der Geschäftsbetrieb zuerst, wenn auch unter der Gesellschaftsfirma K. O. so doch tatsächlich nur auf den Namen K. O. und nach dem Eintritt des H. B. unter der gleichen, aber nur diesem und dem K. O. gemeinsamen Firma, also nicht auch auf den Namen des Bekl., und unter Ausschluß seiner persönlichen Haftung nach außen, aber doch auf die Rechnung auch des Bekl. als nach innen berechtigten und verpflichteten Teilhabers erfolgte. Das Verhältnis würde diesfalls nach innen als eine zivilrechtliche Sozietät zu betrachten gewesen sein, während K. O. und B. miteinander nach außen eine offene Handelsgesellschaft gebildet hätten [1]).

1) Vgl. Dernburg, bürg. Recht Bd. 2 § 356 Z. I, 3; Crome, System 2c. Bd. 2 § 281 Abs. 1, R.O.H.G. Bd. 2 S. 424, Bd. 5 S. 388, Bd. 7 S. 431; Bolze, Praxis 2c. Bd. 4 nr. 804; Seufferts Arch. Bd. 32 nr. 161.

Die Stellung des Teilhabers an einer nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu beurteilenden Erwerbsgesellschaft ist aber nicht weniger die eines selbständigen Geschäftstreibenden als diejenige eines offenen Handelsgesellschafters; diese Stellung des Teilhabers einer Sozietät wird in keiner Weise berührt, wenn die Außengeschäfte nicht auf seinen Namen abgeschlossen werden [1]). Der Bekl. glaubt allerdings, daß ihm durch die Konkurrenzklausel nur der Beginn eines (neuen) Konkurrenzgeschäfts in eigenem Namen, das Auftreten als selbständiger Konkurrent des Kl. nach außen habe untersagt werden wollen; der Kl. habe eine Konkurrenz des seitherigen Inhabers seines Geschäfts in erster Linie unter dem Gesichtspunkt zu fürchten gehabt, daß der alleingeführte Name seines Vorgängers mit ihm in Wettbewerb trete; nur gegen diese ihm aus dem persönlichen Auftreten des Bekl. in der Trikotwarenfabrikationsbranche erwachsenden Mißhelligkeiten habe ihn die Konkurrenzklausel schützen sollen. Nichts berechtigt aber zu einer derart einschränkenden Auslegung der Klausel. Als Zweck der letzteren kann vielmehr nur der Schutz des Kl. dagegen betrachtet werden, daß der Bekl. und C. nicht durch Weiterfabrikation von Trikotwaren die auf dem von ihnen an den Kl. verkauften Geschäfte ruhende Kundschaft selbst bedienen und damit dem Kl. das von ihm in erster Linie in Aussicht zu nehmende Absatzgebiet verschließen. Ob seine Vertragsgegner ihre Fabrikate in eigenem Namen oder unter fremder Firma absetzten, war, wie die Vertragschließenden nicht verkannt haben können, von keiner oder jedenfalls nur von nebensächlicher Bedeutung und es muß daher als ausgeschlossen betrachtet werden, daß durch das Verbot vom 29. April 1899 dem Bekl. und seinem Genossen nur die nach außen in eigenem Namen erfolgende Konkurrenzbetätigung verwehrt werden wollte.

Es erhebt sich nun aber die Frage, ob der Bekl. in der Tat innerhalb der dreijährigen Sperrfrist ein eigenes, selb-

1) Vgl. Crome a. a. O.

ständiges Konkurrenzgeschäft in dem oben festgelegten Sinn betrieben hat. Diese Frage ist zu bejahen. Aus dem Vertrag vom 1. Januar 1901 geht hervor, daß der Bekl. von Anfang an, also seit Oktober 1899, Teilhaber des unter der Firma K. O. u. Cie. betriebenen Trikotfabrikationsgeschäfts war und daß seine Eintragung in das Handelsregister als Gesellschafter, d. h. als offenen Gesellschafter, nur deshalb nicht beantragt wurde, weil er in diesem Fall das Konkurrenzverbot als übertreten und die Konventionalstrafe als verwirkt ansah.

Anlangend die Zeit vom 1. Januar 1901 an so ist in § 1 der genannten Urkunde ausdrücklich hervorgehoben, daß der Bekl. in gleicher Weise wie K. O. und B. Teilhaber der Firma K. O. u. Cie. sei und in § 3, daß er in alle Rechte und Pflichten des am 1. Januar 1901 zwischen K. O. und B. abgeschlossenen Gesellschaftsvertrags mit gleicher Beteiligung an Gewinn und Verlust eintrete, in § 4, daß er als Einlage in das Geschäft die Summe von 15000 M. einbringe, welche er schon in dem alten Geschäft stehen gehabt habe — womit zugleich die Behauptung des Bekl. widerlegt ist, daß er diese Summe der Firma als Darlehen gegeben habe — in § 5, daß er seine ganze Zeit, Arbeitskraft und Erfahrung dem gemeinschaftlichen Gesellschaftszweck zu widmen, insbesondere die Fabrikation zu leiten habe und endlich in § 9, daß derselbe mit dem 1. Mai 1902 (also unmittelbar nach Ablauf der dreijährigen Sperrfrist) das Recht und die Pflicht habe, auch nach außen als persönlich haftender Gesellschafter aufzutreten und sich als solcher zum Handelsregister anzumelden. Diese Bestimmungen lassen darüber keinen Zweifel, daß der Bekl. nach innen vollberechtigter und verpflichteter Teilhaber einer, zuerst aus ihm und dem K. O., nachher aus ihm, dem letzteren und dem H. B. bestehenden Erwerbsgesellschaft d. h. einer Gesellschaft zur Fabrikation von und zum Verkauf der fabrizierten Trikotwaren gewesen ist und daß eine unbeschränkte Haftung nach außen bei ihm ausgeschlossen war, daß er also nicht

Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft, sondern einer bezüglich der inneren Seite nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu beurteilenden Gesellschaft war. Damit aber hat er nach dem oben Ausgeführten die Konkurrenzklausel gebrochen.

Es mag nun dem Bekl. zugegeben werden, daß er der Meinung war, die in vorstehendem festgestellte Art seiner Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft enthalte keine Zuwiderhandlung gegen das Verbot. Dagegen ist sein Einwand, daß nach dem, allerdings gemäß Art. 170 E.G. zum B.G.B. hier anzuwendenden alten d. h. gemeinen Recht, die gutgläubige Annahme der Einhaltung der Konkurrenzklausel trotz objektiven Bruchs der letzteren die Verwirkung der Konventionalstrafe in einem Falle von der Art des vorliegenden ausschließe, unbegründet. Denn in Wirklichkeit trat nach gemeinem Recht der Verfall der Konventionalstrafe im Falle, daß die geschützte Verpflichtung in einer Unterlassung bestand (in Uebereinstimmung mit dem Recht des B.G.B., vgl. § 339 Satz 2 daselbst) mit der Zuwiderhandlung als solcher ein, gleichviel ob der Verpflichtete sich bewußt war oder nicht, daß er hiermit gegen das Verbot verstoße[1]).

Urteil des II. Civilsenats vom 7. Mai 1903 i. S. Paulus g. Buck.

16.

Anwendung des § 57 Zw.Verst.Ges. vergl. mit § 571 Abs. 1 und § 580 B.G.B., wenn bei einheitlich gefaßtem Mietvertrag nur ein Teil der gemieteten Räume dem Mieter überlassen war.

Durch Vertrag vom 24. Februar 1902 mietete der Bekl. von W. S. und dessen Ehefrau als damaligen Eigentümern des Hauses Ludwigsburgerstr. 97 in S. eine im Parterre dieses Hauses befindliche Wirtschaft, bestehend aus 3 Zim-

1) Vgl. Motive zum I. Entw. B.G.B. Bd. 2 S. 278; Cosack, bürgerl. Recht Bd. 1 § 93 Ziff. 4[d]; Staub, Komm. z. H.G.B. Bd. 2 § 348 Anm. 6; auch Dernburg, bürgerl. Recht Bd. II. § 103 I, 2.

mern, und eine im zweiten Stock befindliche Wohnung, bestehend aus 4 Zimmern, mit den erforderlichen Nebengelassen um den einheitlichen Mietzins von jährlich 1000 M. Die Miete sollte am 1. April 1902 beginnen. Der Mietzins war in vierteljährlichen Raten am 1. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. Oktober, erstmals „3 Tage vor dem Einzug" zu bezahlen. § 11 der Mietvertragsurkunde bestimmte: „Erfüllt der Mieter vorstehenden Vertrag nicht in allen seinen Teilen, insbesondere nicht bezüglich der Bezahlung des Mietzinses, so ist der Vermieter berechtigt, nach vorangegangener einmaliger Mahnung die sofortige Räumung der Wohnung zu verlangen".

Zur Zeit des Abschlusses des Mietvertrags hatte der Gärtner W. M. die vom Bekl. gemieteten Wirtschaftsräume inne. Am 24. Febr. 1902 erhob S. gegen M. Klage auf Räumung der Wirtschaft.

Auf Antrag eines Gläubigers des S. wurde am 6. März 1902 die Zwangsverwaltung in das Anwesen Ludwigsburgerstr. 97 angeordnet und der Kaufmann O. E. in S. zum Verwalter bestellt. Am 22. März 1902 teilte R.A. N. namens des Beklagten dem Verwalter mit, daß S. mit Vertrag vom 24. Febr. die Wirtschaftsräume an den Bekl. vermietet habe, und machte den Vorschlag, den Bekl. vom 1. April ab an Stelle des M. in das Haus des S. aufzunehmen. Am 26. März erklärte sich E. mit diesem Vorschlag einverstanden. Am 31. März 1902 zog der Bekl. in die gemietete Wohnung ein. Dagegen wurden ihm die Wirtschaftsgelasse nicht übergeben, da M. sie nicht räumte. Auf eine am 11. April erfolgte Aufforderung seitens des Bekl. erhob E. in seiner Eigenschaft als Zwangsverwalter Räumungsklage gegen M., nahm aber die Klage am 1. Mai wieder zurück, weil infolge der Versteigerung des Anwesens die Zwangsverwaltung inzwischen erloschen war. Am 29. April 1902 wurde nämlich das Anwesen Ludwigsburgerstr. 97 im Zwangswege versteigert und am gleichen Tage dem Kl. zugeschlagen. In den Versteigerungsbedingungen steht da-

von nichts, daß der Ersteher in die bestehenden Mietverträge einzutreten habe.

Am 30. April oder 1. Mai forderte der Bekl. den Klr. auf, ihm die Wirtschaftsräume zu übergeben. Dieser Aufforderung kam der Klr. nicht nach. Kl. hat darauf gegen den Bekl. Klage auf Räumung der Wohnung, Bekl. Widerklage auf Bezahlung von 594 M. erhoben. Im Berufungsverfahren wurde, nachdem inzwischen Bekl. die Wohnung geräumt hatte, die Widerklage abgewiesen, dem Klr. aber ein Viertel der Prozeßkosten auferlegt.

Gründe.

Die Entscheidung sowohl über den Klaganspruch auf Räumung der Mietwohnung, als über den in der Widerklage geltend gemachten Schadensersatzanspruch ist in erster Linie bedingt von Beantwortung der Frage, ob und inwieweit der Klr. gemäß § 57 Z.V.G. vgl. mit § 571 Abs. 1 und § 580 B.G.B. durch Ersteherung des Anwesens Ludwigsburgerstr. 97 in die Rechte und Verpflichtungen eingetreten ist, welche sich für den Vermieter S. aus dem mit dem Bekl. am 24. Februar 1902 abgeschlossenen Mietvertrag gegenüber dem Bekl. ergeben haben. Was zunächst die Wirtschaftsräume und den auf die Nichtgewährung ihres Gebrauchs gestützten Ersatzanspruch des Bekl. betrifft, so war bezüglich dieses Teiles der Mietsache die in den angef. §§ 57 und 571 aufgestellte Voraussetzung der Ueberlassung an den Mieter zur Zeit der Ersteherung des Anwesens durch den Kl. zweifellos an sich nicht erfüllt. Dagegen war der andere Teil der Mietsache, die Wohnung, damals dem Mieter eingeräumt. Es erhebt sich daher die Frage, wie das Verhältnis sich gestaltet, wenn bei einem einheitlich gefaßten Mietvertrag über verschiedene Räume, insbesondere bei einheitlich festgesetztem Mietzins, nur ein Teil der Räume dem Mieter überlassen war. Hiebei kommt eine doppelte Auffassung als möglich in Betracht. Man kann entweder sagen: es hat eine getrennte Beurteilung der verschiedenen Mieträume einzutreten; soweit sie dem Mieter überlassen waren,

findet der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete" Anwendung, bezüglich der dem Mieter nicht überlassenen Räume dagegen greifen die Bestimmungen der §§ 57 und 571 nicht Platz. Oder aber ist zu sagen: das ganze Rechtsverhältnis kann nur einheitlich bestimmt werden und die für die überlassenen Mieträume eintretenden Rechtsfolgen ergreifen auch die nicht überlassenen bezw. umgekehrt. Die gesetzgeberischen Materialien, insbesondere die Motive zu § 510 I. Entwurf — jetzt § 571 — enthalten nichts auf die Lösung der vorliegenden Frage bezügliches. Ihre Beantwortung wird daher im einzelnen Falle aus den konkreten Verhältnissen heraus zu erfolgen haben. Hiebei wird zunächst davon auszugehen sein, daß, wenn die nicht überlassenen Räume den wichtigeren, namentlich wirtschaftlich bedeutungsvolleren Teil des Mietobjekts bilden, jedenfalls einmal für diesen Teil die Anwendung der §§ 57 und 571 an sich nicht gerechtfertigt ist. Nun kann es nach den tatsächlichen Verhältnissen im vorliegenden Falle keinem Zweifel unterliegen, daß für die Kontrahenten des Mietvertrags vom 24. Febr. 1902, insbesondere für den Bekl., die Wirtschaftsräume den wichtigeren Teil des Mietobjektes darstellten. Auf dem Betriebe der Wirtschaft beruhte die ökonomische Existenz; die Möglichkeit, in dem Hause sein Gewerbe auszuüben, war für ihn offenbar der Grund, den Mietvertrag überhaupt abzuschließen, und wenn sich ihm die Gelegenheit bot, in dem Hause zugleich eine Wohnung zu mieten, so war dies ein Umstand von verhältnismäßig untergeordneter Bedeutung. Die Wirtschaft ist auch der erheblich wertvollere Teil des Mietobjekts. Denn es liegt kein Grund vor, anzunehmen, daß die — allerdings im Prozesse erfolgte — Bewertung der beiden Teile des Mietobjekts durch die Parteien — Wirtschaft 700 M., Wohnung 300 M. — den tatsächlichen Verhältnissen nicht im wesentlichen entspreche.

Auch die sonstigen Umstände des vorliegenden Falls führen nicht zur Anwendung der §§ 57 und 571. Aus der Ueberlassung der Wohnräume an den Bekl. ging für den

Klr. allerdings im allgemeinen hervor, daß der Bekl. Mietansprüche an das Grundstück erhebe, der Civilsenat vermag aber den hieraus vom Unterrichter gezogenen Folgerungen nicht beizutreten. Wenn der Gesetzgeber den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete" an das Erfordernis der Ueberlassung der Mieträume an den Mieter knüpfte, dagegen, um den Erwerber gegen unbekannte Mietansprüche zu schützen, den Grundsatz nicht anwenden will auf nicht überlassene Mieträume, so geht daraus nicht hervor, daß in allen Fällen einer nur teilweisen Ueberlassung der Mieträume der Erwerber der strengen Vorschrift „Kauf bricht nicht Miete" bezüglich aller Räume unterworfen sein sollte. In vielen Fällen wird allerdings bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt der Umstand, daß eine dritte Person gewisse Räume eines Grundstücks mietweise inne hat, für den Erwerber bestimmend sein müssen, sich nicht bloß nach den Bedingungen des Mietvertrags — Mietzins, Kündigungsfrist u. drgl. — zu erkundigen, sondern auch danach, ob außer den innegehabten Räumen auch noch andere mitvermietet sind. Unterläßt dann der Erwerber diese Erkundigung, so wird er sich dem Mieter gegenüber nicht darauf berufen können, daß er gegen die ihm infolge der Nichtüberlassung unbekannt gebliebenen Mietansprüche geschützt sein müsse. So steht aber die Sache im vorliegenden Falle nicht; die Wirtschaft im Erdgeschoß und die Wohnung im zweiten Stock sind tatsächlich zwei ganz verschiedene Objekte, und es ist lediglich Zufall, daß sie zum Gegenstand eines einheitlichen Mietvertrags gemacht wurden. Für den Klr. lag kein Grund zu der Vermutung vor, daß der Mieter des zweiten Stockes auch der Mieter der Wirtschaft sein könne, daran konnte er zur Zeit der Erstehung des Hauses um so weniger denken, als ja damals M. die Wirtschaftsräume innehatte und dort sein Gewerbe betrieb, so daß also Klr. den M. für den Mieter der Wirtschaft halten konnte.

Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, Klr. habe die gebotene Sorgfalt damit außer Acht gelassen, daß

er aus der Innehabung der Wohnung durch den Bekl. keine Veranlassung nahm, sich auch danach zu erkundigen, ob der Mietvertrag zwischen S. (bezw. dem Zwangsverwalter) und dem Bekl. sich nicht auch auf die Wirtschaftsräume erstrecke.

Demnach war die Frage, ob der Klr. bezüglich der Wirtschaftsräume gemäß § 57 Z.V.G. und § 571 Abs. 1 B.G.B. in die Verpflichtungen aus dem in Frage stehenden Mietverhältnis eingetreten sei, zu verneinen.

Stand hienach dem Bekl. ein Anspruch auf Ueberlassung der Wirtschaftsräume gegen den Kl. nicht zu, so ist auch der vom Bekl. geltend gemachte Schadensersatzanspruch unbegründet. Damit war die Abweisung der Widerklage gegeben.

Der Antrag des Klrs., dem Bekl. auch die dem Räumungsanspruch entsprechenden Prozeßkosten zuzuscheiden, ist dann begründet, wenn die Räumungsklage selbst nach der Sachlage in erster Instanz begründet war.

Letzteres ist zu verneinen.

Es kann unentschieden bleiben, ob schon die Innehabung der Wohnung seitens des Bekl. gemäß § 57 Z.V.G. und § 571 Abs. 1 B.G.B. die Wirkung gehabt hat, daß der Bekl. einen Anspruch auf Benützung der Wohnung gegenüber dem Klr. hatte, oder ob etwa die Wohnung infolge der Einheitlichkeit des Mietvertrags vom 24. Febr. 1902 von der bezüglich der Wirtschaft geschaffenen Rechtslage mitergriffen wurde. Denn tatsächlich hat sich in der Folge der Klr. selbst dem Bekl. gegenüber auf den Standpunkt gestellt, daß er (Kl.) bezüglich der W o h n u n g in den Mietvertrag eingetreten sei.

Nach seinem eigenen Vorbringen hat der Klr. den Bekl. am 3. Juni 1902 aufgefordert, die Miete für die Wohnung zu bezahlen. Hieraus mußte der Bekl. den Schluß ziehen, daß der Klr. den Mietvertrag, soweit er die Wohnung betraf, als für sich bindend anerkenne, und es verstößt wider Treu und Glauben, wenn in der Folge der Klr. die Räumung der Wohnung mit der Begründung verlangt hat, er

sei in die Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis auch in Beziehung auf die Wohnung nicht eingetreten. Der Klr. konnte seine Räumungsklage aber auch nicht auf § 11 des Mietvertrags stützen. Es ist richtig, daß der Klr., da dem Bekl. keinerlei Gegenforderung in Geld zustand, berechtigt war, am 3. Juni 1902 die Bezahlung der damals verfallenen Mietzinsrate für die Wohnung zu verlangen. Eine erfolglose Mahnung wäre auch an sich geeignet gewesen, den Anspruch des Klrs. auf Räumung der Wohnung gemäß § 11 des Mietvertrags zu begründen. Aber die Mahnung des Klrs. entsprach nicht den aus den damaligen Umständen sich ergebenden Erfordernissen. Da das ursprünglich auf einem einheitlichen Mietzins von 1000 M. sich gründende Mietverhältnis zwischen den Parteien sich nur, soweit es die Wohnung betraf, fortsetzte, so herrschte damals der Natur der Sache nach Ungewißheit darüber, wie hoch der auf die Wohnung entfallende Teil des Mietzinses zu bemessen sei. Aus der ganz allgemein und unbestimmt gehaltenen Aufforderung des Klrs., den Mietzins für die Wohnung zu bezahlen, konnte der Bekl. auch nicht annähernd entnehmen, welchen Betrag der Klr. von ihm verlangte, und es fehlte dem Bekl. an genügenden Anhaltspunkten, den geschuldeten Betrag von sich aus mit Sicherheit zu schätzen. Der Mahnung des Klr. fehlte es daher, um wirksam zu sein, an der unter den gegebenen Verhältnissen erforderlichen Bestimmtheit.

Urteil des I. Civilsenats vom 15. Mai 1903 i. S. Eisele g. Höneisen.

17.

Zur Auslegung des § 745 Abs. 2 B.G.B.

Die Parteien sind Miteigentümer eines Anwesens, zu dem eine im Oktober 1901 abgebrannte Scheuer gehört. Die Klage war auf Einwilligung des Bekl. zum Wiederaufbau der Scheuer gerichtet. Das Berufungsgericht hat ihr entsprochen aus folgenden

Gründen:

Der erhobenen Klage liegt ein Anspruch aus Gemeinschaft nach Bruchteilen zu Grunde, auf den nach Art. 173 E.G. z. B.G.B. die Vorschriften des B.G.B. (§§ 741 fg.) Anwendung finden.

Mit Recht bezeichnet der Klr. den von ihm angestrebten Wiederaufbau der abgebrannten, den Parteien gemeinsam gehörigen Scheuer als eine der ordnungsmäßigen Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache dienende Maßregel. Wenn hiegegen das landgerichtliche Urteil ausführt, von einer solchen Verwaltung könne, nachdem die Scheuer durch Brand zerstört sei, nicht mehr die Rede sein, so ist dabei zunächst — auch wenn das Scheuergebäude für sich allein betrachtet wird — übersehen, daß durch dessen Zerstörung das gemeinschaftliche Grundstück nicht völlig untergegangen ist, sofern noch die im Miteigentum der Parteien stehende Grundfläche vorhanden ist, und daß den Miteigentümern derselben die durch den Brand des Gebäudes entstandene Ersatzforderung gegen die Brandversicherungsanstalt zusteht, daß mithin allerdings noch gemeinschaftliche Vermögenswerte bestehen, die den Gegenstand einer „Verwaltung“ bilden können. Sodann aber kommt, wie der Klr. zutreffend geltend macht, in Betracht, daß die Scheuer nur ein Teil des ganzen, im Miteigentum der Parteien stehenden Anwesens, das außerdem noch Wohnhaus mit Stallungen und Hofraum umfaßt, war, daß es sich also überhaupt nicht bloß um die Verwaltung der Scheuer, sondern um die auch auf die Scheuer sich erstreckende Verwaltung des ganzen gemeinschaftlichen Anwesens handelt[1]).

Für die Verwaltung einer gemeinschaftlichen Sache nun stellt das Bürg. Gesetzbuch den Grundsatz auf, daß sie den Teilhabern gemeinschaftlich zusteht (§ 744 Abs. 1) und für die Regel durch Beschluß der Teilhaber bestimmt werden solle, wobei Stimmenmehrheit entscheidet, die nach der Größe der Anteile zu berechnen ist (§ 745 Abs. 1). Die Anwen-

1) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 33 Nr. 200 S. 273 fg.

dung dieser Regel ist jedoch im vorliegenden Falle ausgeschlossen, da beide Parteien gleiche Anteile haben und hinsichtlich der in Frage stehenden Verwaltungsmaßregel, des Wiederaufbaus der abgebrannten Scheuer, entgegengesetzter Ansicht sind. Es fragt sich daher, ob die Voraussetzungen zutreffen, unter denen nach den Bestimmungen des Bürg. Gesetzbuchs der einzelne Teilhaber seinen Willen gegen den Widerspruch der übrigen Teilhaber durchsetzen kann.

Dies ist nach § 744 Abs. 2 in erster Linie dann möglich, wenn es sich um eine Maßregel handelt, die „zur Erhaltung des (gemeinschaftlichen) Gegenstandes notwendig“ ist. Als eine Maßregel dieser Art könnte der Wiederaufbau der abgebrannten Scheuer wohl erscheinen, wenn als Gegenstand der gemeinsamen Verwaltung das gesamte Anwesen der Parteien ins Auge gefaßt wird: der Wiederaufbau der Scheuer erhält dann dieselbe Bedeutung, wie die Wiederherstellung eines schadhaft gewordenen oder zerstörten Teiles eines einzelnen Gebäudes, die zur „Erhaltung“ des letzteren im ordnungsmäßigen und benützbaren Zustand vorgenommen wird.

Indessen kann dies dahingestellt bleiben, weil das Verlangen des Kl. jedenfalls nach § 745 Abs. 2 B.G.B. gerechtfertigt erscheint. Hienach kann, falls keine Regelung durch Mehrheitsbeschluß zustande kommt, jeder Teilhaber „eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung“ verlangen, wodurch die Möglichkeit gewährt ist, über eine Verwaltungsmaßregel, die der eine Teilhaber für zweckmäßig und notwendig hält, die aber von den andern Teilhabern nicht gebilligt wird, die Entscheidung des Gerichts herbeizuführen [1]). Daß nun der im vorliegenden Fall vom Kl. verlangte Wiederaufbau der abgebrannten Scheuer dem Interesse der Miteigentümer entspricht, ist trotz des Widerspruchs der Bekl. anzunehmen, ohne daß es einer Beweisaufnahme hierüber bedurfte. Es ergibt sich daraus, daß das gemeinsame Anwesen nach seiner ganzen Anlage

1) Vgl. Mot. zu § 772 I. Entw., Bd. II. S. 888 fg.

auf landwirtschaftlichen Betrieb eingerichtet ist, daß beide Parteien — wenn auch in verschiedenem Umfang — Landwirtschaft betreiben, daß sie die streitige Scheuer bis zu ihrer Zerstörung durch den Brand benützt und daß sie beide jetzt zur Lagerung ihrer landwirtschaftlichen Erzeugnisse auf fremden Grundstücken Scheuerräume gemietet haben. Daß es, wie die Bekln. geltend machen, für beide Teile vorteilhafter wäre, diesen Zustand fortdauern zu lassen, als die Scheuer auf ihrem eigenen Anwesen wieder aufzubauen, kann nicht zugegeben werden, da die Benützung einer fremden Scheuer wegen der durch das Mietverhältnis bedingten Unsicherheit und der räumlichen Entfernung von Wohnhaus und Stall der Parteien unzweckmäßig erscheint. Dazu kommt, daß die Brandentschädigung nach Art. 34 des Gesetzes betr. die Allgemeine Brandversicherungsanstalt vom 14. März 1853 und § 20 der K. Verordnung hiezu vom 14. März 1853 regelmäßig nur zur Verwendung für den Wiederaufbau des abgebrannten Gebäudes an gleicher Stelle, in gleichem Umfang und mit gleicher wirtschaftlicher Zweckbestimmung ausbezahlt wird, daß es zweifelhaft wäre, ob die Parteien die zur Verwendung für andere bauliche Aenderungen nach Art. 34 Abs. 3 des angeführten Gesetzes erforderliche Genehmigung erhalten würden, daß übrigens eine solche anderweitige Verwendung deshalb gar nicht in Frage kommen kann, weil bei dem vom Kläger ausdrücklich erklärten Widerspruch die Bekllten. angesichts der Bestimmung in § 745 Abs. 3 B.G.B. ihren Willen einseitig nicht durchsetzen könnten, daß also die Brandentschädigung verloren ginge, wenn sie nicht zum Wiederaufbau der abgebrannten Scheuer verwendet wird. Demgegenüber kann nicht in Betracht kommen, daß die Brandentschädigung allein nach Angabe der Parteien zur Bestreitung der Kosten des Neubaus nicht ganz ausreicht, welcher Zuschuß hiezu noch erforderlich ist, und ob den Bekln. die Aufbringung des etwa auf sie entfallenden Teiles schwer fallen würde. Denn für den gegenwärtigen Rechtsstreit ist auf Grund der Bestimmung des § 745 B.G.B. die Zweck-

mäßigkeitsfrage ausschlaggebend; darüber, welche Kosten durch den Neubau entstehen und wie diese Kosten zwischen den Parteien zu teilen sind, ist jetzt eine Entscheidung nicht zu geben, vielmehr haben sich hierüber die Parteien in Gemäßheit des § 748 B.G.B. auseinanderzusetzen

Die einschränkende Bestimmung des § 745 Abs. 3 B.G.B. steht dem Antrage des Kl. nicht entgegen. Denn bei Beurteilung der Frage, ob „eine wesentliche Veränderung des Gegenstands" verlangt wird, darf nicht von dem jetzigen, durch den Brand herbeigeführten Zustand des Grundstückes ausgegangen werden, vielmehr ist der ursprüngliche, durch den Brand veränderte Zustand maßgebend. Da der Kl. lediglich diesen früheren Zustand durch Aufhebung der zufällig eingetretenen Beschädigung wiederherstellen will, kann hierin nicht das Verlangen einer wesentlichen Aenderung gefunden werden.

Stellt sich sonach der Anspruch des Kls. nach § 745 Abs. 2 B.G.B. als begründet dar, so unterliegt es auch keinem Anstande, daß in diesem Falle ebenso wie nach § 744 Abs. 2 der Klagantrag auf Erteilung der Einwilligung der Beklten. zu der streitigen Maßregel gerichtet werden kann. Zwar ist dies in § 745 nicht ausdrücklich bestimmt, aber eine solche Bestimmung war in dem ihm entsprechenden § 772 des I. Entwurfs vorgesehen und wurde in den späteren Entwürfen, wie den Protokollen [1]) zu entnehmen ist, nur aus redaktionellen Gründen weggelassen.

Urteil des I. Civilsenats vom 8. Mai 1903 i. S. Mauch g. Herrmann.

18.

1. Zum Begriff der Bürgschaft.

2. Ist eine Rückbürgschaft deshalb unverbindlich, weil die Forderung des Gläubigers, soweit sie der Bürge getilgt hat, nicht auf diesen übergegangen ist?

Die auf Bezahlung von 50 000 M. nebst 5% Zinsen

1) Bd. II. S. 746 fg., 767.

seit 15. Januar 1902 gerichtete Klage hat sich auf eine am 20. April 1900 vom Bekl. unterzeichnete „Bürgschaftsurkunde" folgenden Inhalts gestützt: „Für alle seitens des Hrn. M. L. — zu Gunsten des Hrn. J. L. — eingegangenen und noch einzugehenden Bürgschaften mache ich mich bis zum Betrage von 50 000 M. — als Rückbürge haftbar, so daß ich jeden Betrag, für den er aus diesen Bürgschaftsleistungen in Anspruch genommen werden sollte, sofort bis zu genanntem Betrage zu ersetzen mich verpflichte" — und auf die Tatsache, daß Klr. als Bürge für J. L. mehr als 50 000 M. bezahlt hat.

Klr. war zur Zeit der Ausstellung der Urkunde vom 20. April 1900 gemeinschaftlich mit J. B. in Freiburg gegenüber der K. württ. Hofbank Bürge für J. L. in Höhe von 40 000 M.; am 27. April 1900 hat er sich zu Gunsten L.'s gegenüber der württ. Landesbank für 40 000 M. verbürgt und am 12. Febr. 1901 den Betrag dieser Bürgschaft auf 60 000 M. erhöht. Am 17. Dez. 1901 haben Klr. und B. der Hofbank die 40 000 M. bezahlt, die hiegegen je 20 000 M. von ihrer Forderung gegen J. L. an den Klr. und B. abgetreten hat. Am 4. Januar 1902 ist über das Vermögen des J. L. das Konkursverfahren eröffnet worden; nach einer Aeußerung des Konkursverwalters wird die Dividende in diesem Konkurs nicht über 15% betragen.

Am 2. Januar 1902 hat Klr. auf Aufforderung der Landesbank, die von L. mehr als 100 000 M. zu fordern hat, die Summe von 60 000 M. bezahlt; im Konkurs des L. hat die Landesbank ihre ganze Forderung, ohne Abrechnung des vom Klr. Bezahlten angemeldet; in § 3 des zwischen dem Klr. und der Landesbank am 12. Februar 1901 abgeschlossenen Bürgschaftsvertrags (von dessen einzelnen Bestimmungen Bekl. keine Kenntnis erhielt) ist nämlich bestimmt: „Uebersteigt bei Auflösung der Geschäftsverbindung oder bei Kündigung des Kredits die Forderung des Gläubigers an den Hauptschuldner den verbürgten Betrag, so haftet der Bürge für den sich ergebenden Ausfall des Gläubigers" (innerhalb

der vereinbarten Maximalsumme). — „Leistungen aller Art seitens des Bürgen gelten stets als Sicherheit."

Bekl. hat seinen Antrag auf Klagabweisung auf die Behauptung gegründet: die vom Klr. gegenüber der Landesbank übernommene Bürgschaft sei keine Bürgschaft im Sinn der Urkunde vom 20. April 1900, nämlich keine Bürgschaft normaler Art, wobei nach Bezahlung der Hauptschuld durch den Klr. die Forderung des Gläubigers auf den Klr. und nach dessen Befriedigung durch den Bekl. auf diesen übergegangen wäre, so daß Bekl. sie im Konkurs L.'s hätte geltend machen können. Durch die Bestimmung des § 3 des Vertrags des Klrs. mit der Landesbank sei dem Bekl. eine solche Geltendmachung unmöglich gemacht; er sei aber nur verpflichtet, gegen Uebergang der dem seinerseits zu bezahlenden Betrag entsprechenden Forderung der Landesbank an L. auf ihn als Rückbürge Zahlung zu leisten. Es wurde nach dem Klagantrag erkannt, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Zum Begriff oder Wesen der Bürgschaft gehört es nicht, daß der Bürge durch eine Leistung, die auf die Schuld des Hauptschuldners anzurechnen ist, eine entsprechende Forderung gegen den Hauptschuldner erlangt. Wesentlich ist vielmehr dem Bürgschaftsvertrag — wie § 765 B.G.B. ergibt — nur, daß sich der Bürge dem Gläubiger eines Dritten gegenüber verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit dieses Dritten einzustehen. Eine gesetzliche Folge der Zahlung des Bürgen an den Gläubiger ist allerdings nach § 774 B.G.B., daß in Höhe des bezahlten Betrags die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen übergeht; aber dieser Uebergang gehört nicht zum Wesen der Bürgschaft; wenn der Bürge vor oder bei Eingehung der Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Gläubiger mit dem Hauptschuldner vereinbart, er verzichte auf jede etwaige Ersatzforderung aus einer seinerseits an den Gläubiger geleisteten Zahlung, so ist damit dem Uebergang der Forderung des Gläubigers auf den Bürgen jede Rechtswir-

kung entzogen, der Vertrag zwischen dem Gläubiger und demjenigen, der sich für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners einzustehen verpflichtet, bleibt aber trotzdem eine Bürgschaft. Es läßt sich daher nicht sagen: der Vertrag des Klrs. mit der Landesbank vom 12. Februar 1901 sei angesichts des Inhalts des § 3 dieses Vertrags keine Bürgschaft im „technischen" (gesetzlichen) Sinn. Es ist auch nicht ersichtlich, daß die Parteien bei Unterzeichnung der Rückbürgschaftsurkunde seitens des Bekl. unter „Bürgschaft" etwas anderes verstanden haben als das Gesetz darunter versteht. Verfehlt ist es daher, wenn Bekl. aus dem Wortlaut der Rückbürgschaftsurkunde abzuleiten sucht, daß er dem Klr. nichts an dem zu ersetzen habe, was Klr. auf Grund der Bürgschaft vom 12. Februar 1901 an die Landesbank bezahlt hat.

Die Bestimmung des § 3 der eben erwähnten Bürgschaft hat zur Folge, daß die Landesbank trotz einer ihr vom Klr. auf Rechnung ihrer Forderung an L. geleisteten Zahlung dem L. oder dessen Konkursmasse gegenüber ihre volle Forderung geltend machen kann. Soweit sie hiebei aus dem Vermögen L.'s Zahlung erlangt über den durch die Leistung des Kl.'s ungedeckt gebliebenen Betrag hinaus muß sie selbstverständlich die ihr als Sicherheit haftende Leistung des Klrs. diesem zurückerstatten; erlangt sie für keinen größeren Betrag als den durch die Leistung des Klrs. ungedeckt gebliebenen Befriedigung, so kann allerdings Klr. seinerseits für das, was er geleistet, keinen Ersatz von L. fordern und es geht, soweit Bekl. dem Klr. das von diesem Geleistete zu erstatten hat, kein Anspruch gegen L. auf den Bekl. über. Aber zu dem gleichen Ergebnis führt die gesetzliche Bestimmung des § 774 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.: denn hienach ist z. B., wenn nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners der Bürge einen Teil der Forderung des Gläubigers bezahlt, dieser nicht gehindert, seine ganze Forderung im Konkurs anzumelden und hiefür die Dividende zu beziehen, soweit sie den durch den

Bürgen nicht gedeckten Teil der Forderung nicht übersteigt[1]).

Stünde also auch der § 3 nicht in dem vom Klr. mit der Landesbank geschlossenen Bürgschaftsvertrag, so könnte doch Bekl. keine auf ihn übergegangene Forderung der Landesbank gegen L. geltend machen, solange nicht die Landesbank für ihre ganze Forderung gegen L. befriedigt ist; ob sie eine solche vollständige Befriedigung im Konkurs des L. erlangt, ist nicht bekannt; soweit sie eine solche ohne Heranziehung der von Klr. geleisteten „Sicherheit" erhält, muß sie letztere dem Klr. zurückerstatten und wird, falls die Leistungen des Klrs. schließlich weniger als 50 000 M. ausmachen sollten, die Rückbürgschaft des Bekl. nicht in Anspruch genommen.

Sodann aber muß der § 774 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. auch im Verhältnis des Bürgen zum Rückbürgen zur Anwendung kommen. Wäre nun die Forderung der Landesbank gegen L. in Höhe von 60 000 M. auf den Klr. übergegangen, so hätte dieser den eben bezeichneten Forderungsbetrag im Konkurs des L. anmelden müssen, um — da die Konkursdividende höchstens 15% beträgt — auch nur 9000 M. zu erhalten. Mit den ihm vom Bekl. zu ersetzenden 50 000 M. wäre Klr. daher immer noch nicht für seinen ganzen Schaden gedeckt; Bekl. hätte also von einer auf ihn übergegangenen Forderung gegen L. in Höhe von 50 000 M. keinen Gebrauch machen können.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß tatsächlich der Bekl. wenn er auf Grund seiner Rückbürgschaft dem Klr. 50 000 M. zu zahlen hat, sich infolge davon, daß der Bürgschaftsvertrag des Klrs. mit der Landesbank den § 3 enthält, in keiner nachteiligeren Lage befindet, als wenn der Vertrag die fragliche Bestimmung nicht enthalten hätte. Demgemäß konnte

---

1) Dernburg: D. bürg. Recht Bd. 2 Abt. 2 § 289 II, 2 bei und in Note 8; Crome, System Bd. 2 § 297 Note 19; Planck: B.G.B. Anm. 3 zu § 774; vgl. auch R.G. bei Seuffert 54 Nr. 150 und R.G. 8 Nr. 73.

auch Klr. bei Eingehung der Bürgschaft sich unbedenklich dieser Bestimmung unterwerfen, weil er davon ausgehen durfte, Bekl. werde hiedurch nicht geschädigt, die Folgen dieser Bestimmung seien im wesentlichen keine andern als die aus der gesetzlichen Vorschrift des § 774 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. sich ergebenden. Es kann also keine Rede davon sein, daß Klr. durch Eingehung einer Bürgschaft, die diese Nebenabrede enthielt, gegenüber dem Bekl. sich eines arglistigen oder doch eines gegen Treu und Glauben verstoßenden Verhaltens schuldig gemacht hat und deshalb keinen Rückgriff gegen den Bekl. zu nehmen berechtigt ist. Mutmaßlich war die Landesbank nicht geneigt, unter anderen Bedingungen den für L. gewünschten Kredit zu gewähren, und Klr. mochte davon ausgehen, daß auch anderwärts eine Kreditgewährung unter günstigeren Bedingungen nicht zu erhalten sein werde.

Urteil des I. Civilsenats vom 30. Januar 1903 i. S. Nördlinger g. Lepmann.

19.

1. Haftung einer Stadtgemeinde für Handlungen des Stadtpflegers als Ortsarmenpflegers.
2. Haftung aus § 826 B.G.B. durch Verschweigung der Tatsache, daß ein Stellesuchender vielfach wegen Eigentumsvergehen vorbestraft ist.

Im September 1901 suchte „die Stadtpflege" der bekl. Gemeinde für einen Ortsarmen, den am 15. März 1877 geborenen ledigen Dienstknecht J. B., eine Stelle und wandte sich zu diesem Zweck an das städtische Arbeitsamt in St.

In dem Formular des Stellengesuchs, welches der Stadtpfleger W. der Bekln. ausfüllte und an das obige Arbeitsamt einsandte, wurde als gesuchte Beschäftigung bezeichnet: „eine Stelle in einem Fuhrwerksbetrieb, eventuell auch leichte landwirtschaftliche Stelle, auch als Hausknecht".

Um diese Zeit suchten die Kl. für ihren Hof einen Milch-

kutscher und brachten ein hierauf bezügliches Gesuch bei dem Arbeitsamt zur Anmeldung.

Das Arbeitsamt machte der Stadtpflege B. hievon Mitteilung mit der Anfrage, ob J. B. sich für die Stelle eigne. Die Anfrage wurde von dem Stadtpfleger W. bejahend beantwortet, worauf von dem Arbeitsamt die Aufforderung eintraf, daß B. sich dort vorstellen solle. Dies geschah am 21. Oktober 1901 und noch an demselben Tage wurde zwischen dem Kl. H. und B. der Dienstvertrag über die Einstellung des B. als Milchkutscher abgeschlossen. Am 2. Dezember 1901 machte sich B., ein wegen Diebstahls, Betrugs und Unterschlagung vielfach vorbestrafter Mensch, nachdem er den Kln. 328 M. unterschlagen hatte, flüchtig. Auf Klage der Kl. ist die beklagte Gemeinde zur Bezahlung der 328 M. verurteilt worden aus folgenden

Gründen:

Unbestritten ist, daß Stadtpfleger W. zugleich Ortsarmenpfleger und auch in dieser Eigenschaft Beamter der bekl. Gemeinde ist, ferner daß er bei seinen Bemühungen, den seit 11. Oktober 1900 aus der Strafanstalt entlassenen, gänzlich verarmten B. eine Stelle zu verschaffen, in der Fürsorge für die Ortsarmen gehandelt hat.

Mit Recht hat der Unterrichter die Anwendbarkeit des Art. 202 A.G. B.G.B. verneint. Denn die Handlung, wegen derer die Kl. die bekl. Gemeinde in Anspruch nehmen, ist zwar als eine Amtshandlung oder wenigstens als eine Handlung in Ausführung einer amtlichen Pflicht anzusehen, indem es zur Ausübung der öffentlichen Armenpflege gehörte, für ein Unterkommen, insbesondere für eine den Kräften des auch infolge seines Stelzfußes hülfsbedürftigen Ortsarmen zu sorgen; allein die Rechtsgeschäfte, welche behufs Unterbringung von Ortsarmen oder behufs Beschäftigung solcher und behufs Verschaffung von Arbeit und Verdienst für Ortsarme mit Privatpersonen abgeschlossen werden, sind rein privatrechtlicher Natur und es ist in ihnen nicht etwa die Ausübung einer öffentlichen Gewalt den dritten Privatpersonen

gegenüber enthalten. Die Ausübung einer öffentlichen Gewalt findet nur statt von seiten der Ortsarmenbehörde gegenüber dem Ortsarmen selbst, z. B. bei der Verhängung des Arbeitszwangs, indem die Ortsarmenbehörde nach dem Gesetze befugt ist, dem Unterstützungsbedürftigen innerhalb oder außerhalb einer öffentlichen Armenanstalt eine angemessene Beschäftigung anzuweisen.

Es kann sich daher nur um die Anwendbarkeit der §§ 89, 31 B.G.B. handeln: die bekl. Gemeinde ist für den Schaden verantwortlich, den ihr Stadt- und Armenpfleger als ein verfassungsmäßig berufener Vertreter der Gemeinde durch eine in Ausführung seiner Obliegenheiten und Befugnisse als Armenpfleger begangene zum Schadensersatz verpflichtende Handlung den Klrn. etwa zugefügt hat.

Nach allgemeinen Gesetzesbestimmungen (vgl. das Gesetz vom 17. April 1873 betr. die Ausführung des Unterstützungswohnsitzgesetzes vom 6. Juni 1870, Art. 9—10) und nach der Dienstinstruktion für den Armenpfleger und Spitalverwalter der Stadtgemeinde B. vom 3. März 1897 ist der Ortsarmenpfleger und Spitalverwalter der Bekln. zwar dem Stadtschultheißen als Vorstand der Ortsarmenbehörde untergeordnet und verpflichtet, dessen Anweisungen Folge zu leisten, aber, soweit ihm für gewisse Obliegenheiten und Geschäfte ein selbständiger Geschäftskreis angewiesen ist, ein Organ der Ortsarmenpflege und damit ein Organ der Gemeinde als Ortsarmenverbands, somit ein verfassungsmäßig berufener Vertreter der Gemeinde in dem ihm zugewiesenen Geschäftskreis. Zu diesem Geschäftskreis gehörte es u. a., sich der Armen und Notleidenden in der Gemeinde in jeder Beziehung anzunehmen (Dienstinstruktion § 10). Vermöge dieser Bestimmung war W. insbesondere auch berufen, für die Beschäftigung des B. zu sorgen, und demnach auch die hierauf bezüglichen Rechtsgeschäfte abzuschließen oder zu vermitteln. Zu solcher Vermittlung gehörte namentlich auch die Auskunftserteilung über die Persönlichkeit des B., wobei insbesondere auch seine moralischen Eigenschaften, soweit

sie für den fraglichen Dienst erheblich waren, in Betracht kamen.

Wie schon bisher nach gemeinem Recht ist nach § 676 B.G.B. derjenige, der einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, zum Ersatz des aus der Befolgung des Rats oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet, es sei denn, daß sich aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung eine Verantwortlichkeit ergibt. Ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien kommt überall nicht in Frage. Es handelt sich somit nur darum, ob der Tatbestand einer unerlaubten Handlung vorliegt.

Da eine Ersatzpflicht nach Art. 202 des A.G. z. B.G.B. vergl. § 839 B.G.B. nach dem oben Ausgeführten nicht in Frage kommt und da bloße Fahrlässigkeit nur in den gesetzlich besonders vorgesehenen Fällen, wovon keiner hier zutrifft, eine Schadensersatzpflicht begründet, so läßt sich der Ersatzanspruch nur auf § 826 B.G.B. stützen.

Mit Recht hat der Unterrichter angenommen, daß W. in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise den Klrn. vorsätzlich den Schaden zugefügt hat, somit der Tatbestand des § 826 B.G.B. erfüllt ist.

Wie unbestritten ist, hat W. den B. als für den Dienst eines Milchkutschers geeignet bezeichnet, während B. vermöge seiner Persönlichkeit als wegen Diebstahls, Betrugs und Unterschlagung vielfach und schwer bestrafter Mensch zweifellos für diesen Dienst nicht geeignet war. Dem Stadtpfleger W. war, wie die Bekl. zugeben muß, wohlbekannt, daß B. wegen der bezeichneten Verbrechen und Vergehen wider das Eigentum mehrfach vorbestraft war, insbesondere auch, daß er eine Zuchthausstrafe erstanden hatte. Bei der Empfehlung des B., die dadurch erfolgte, daß W. für B. eine Stelle suchte und ihn auf Anfrage als für den fraglichen Dienst geeignet bezeichnete, war sich W. selbstverständlich weiter bewußt, daß dem Arbeitsamt und den Klrn. (den Arbeitgebern) die Vorstrafen des B. unbekannt waren; ferner hat W., wie sich ohne weiteres aus der Verschweigung der Vorstrafen

des B. ergibt, und wie die Bekl. in dieser Instanz selbst einräumt, sich nicht verhehlt, ja sich selbst gesagt, daß B. die fragliche Stelle nicht erhalten würde, wenn er die Vorstrafen des B. mitgeteilt hätte. Die Geflissenheit der Verschweigung der Vorstrafen ergibt sich insbesondere auch aus der Art, wie W. das Anmeldeformular in der Rubrik über frühere Beschäftigung ausgefüllt hat, indem er dort frühere Beschäftigungen des B. als freier Arbeiter ohne Erwähnung der Unterbrechungen durch Strafverbüßungen aufgeführt hat. Das Arbeitsamt und die Kl. konnten nach Treu und Glauben, zumal bei dem Umstand, daß das Anmeldeformular durch einen Beamten der Heimatbehörde des B. ausgefüllt war, nicht ahnen, daß die Zwischenzeiten, über welche das Anmeldeformular einen Beschäftigungsnachweis nicht gab, jeweils von B. in einer Strafanstalt und teilweise im Zuchthaus zugebracht worden war, vielmehr mußten sie durch jene Umstände in den positiven Glauben versetzt werden, daß gegen den B. nach der Kenntnis seiner Heimatbehörde nichts vorlag, was ihn für die fragl. Stelle moralisch ungeeignet erscheinen ließ.

Mit Recht hebt das Arbeitsamt hervor, daß schon ihm gegenüber die Vorstrafen des B. zweifellos hätten mitgeteilt werden müssen; dann hätte für B. eine Stelle oder Beschäftigung bestimmt werden können, bei welcher nichts auf das Spiel gesetzt worden wäre. Niemals wären aber bei Kenntnis der Vorstrafen des B. das Arbeitsamt und die Kl. dazu gekommen, dem B. einen Vertrauensposten irgend welcher Art anzuweisen. W. aber hatte in dem Anmeldeformular für B. sogar die Stelle eines Hausknechts gesucht und damit ihn als zu einem Vertrauensposten geeignet bezeichnet.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Einzug der Milchgelder durch Milchkutscher allgemein üblich ist oder nicht, jedenfalls ist die Stellung eines Milchkutschers gleichfalls ein Vertrauensposten — es werden ihm in dem Milchfuhrwerk und den täglichen Milchlieferungen Werte anvertraut, er besucht die Häuser der Milchkunden, er ist als Dienstknecht im

Hause des Dienstherrn — und ob ihm der Einzug der Milchgelder bei den von ihm bedienten Kunden durch den Dienstherrn übertragen wird, hängt eben von dem Maße des Vertrauens ab, das der Dienstherr jeweils in einen solchen Angestellten setzt. W., ein im Gemeindedienst eine verantwortliche Stellung bekleidender Beamter, von dem eben deshalb anzunehmen ist, daß ihm die allgemeine Lebenserfahrung nicht abgeht, kann sich unmöglich darüber im unklaren befunden haben, daß mit der Einstellung des B. für den Dienstherrn bei dessen Unkenntnis von den Vorstrafen des B. die Gefahr verknüpft war, daß der Dienstherr demselben Aufträge erteilen und Werte anvertrauen werde, die einem solchen mit einem eingewurzelten Hang zur Unehrlichkeit behafteten Menschen niemals erteilt, bezw. anvertraut werden.

Es hat also W. durch die geflissentliche Unterdrückung der Vorstrafen des B. und dessen Bezeichnung als für die fragliche Stelle geeignet wissentlich in den Klrn. einen Irrtum erregt, welcher zur Einstellung des B. und in der Folge auch zur Betrauung desselben mit dem Geldeinzug geführt hat. Mag auch der Stadtpfleger W. aus Wohlwollen für den B. gehandelt haben, so durfte er doch diese gute Absicht nicht zum Nachteil Dritter betätigen und nicht mit Wissen und Willen durch seine Handlungsweise Dritte in die Gefahr einer Schädigung bringen.

Zur Annahme eines eventuellen Vorsatzes bedarf es nicht des Beweises, daß W. sich bewußt war, welchen speziellen Schaden seine Handlungsweise zur Folge haben werde; es genügt das Bewußtsein, daß mit der Täuschung des Dienstherrn im allgemeinen die Gefahr einer Schädigung desselben durch einen Rückfall des B. verbunden war, und daß er diese Folgen von seinem Willen nicht ausschloß, was daraus folgt, daß er andernfalls die zahlreichen und schweren Vorstrafen des B. nicht verschwiegen hätte.

Unerheblich ist das Verteidigungsvorbringen, W. habe in seinem Schreiben an das Arbeitsamt bemerkt, B. sei ein guter Arbeiter, wenn er unter Kontrolle oder Aufsicht stehe,

da diese Bemerkung nicht sowohl einen Zweifel an der Ehrlichkeit des B. hervorrufen, vielmehr nur das besagen sollte, daß B. bei seinen Arbeiten der Aufsicht bedürfe. Ueber die Ehrlichkeit wollte W., wie sich aus seinem ganzen Verhalten und aus der eigenen Einräumung der Beklen. ergibt, keinerlei Zweifel erregen, im Gegenteil dies geflissentlich vermeiden, indem er die Tatsache jener Vorbestrafungen des B. absichtlich unterdrückte.

Wenn W. bei seiner Vernehmung angab, daß der Schlußsatz seiner Zuschrift an das Arbeitsamt vom 21. September 1901 seiner Absicht entsprungen sei, einem etwaigen Liebhaber bezüglich des B. direkt mitzuteilen, in welcher Richtung dieser unter Aufsicht gehalten werden müsse und daß derselbe bestraft worden sei, so steht dem entgegen einmal der Wortlaut jenes Schlußsatzes, worin gesagt ist, „bezüglich etwaiger Stellenangebote bitte er (W.), nur mit ihm zunächst zu verkehren, er werde dann das Weitere mit B. veranlassen", nichts aber davon, daß er mit dem Stelleanbietenden unmittelbar verkehren wolle, ferner die Tatsache, daß W. auch in seiner Zuschrift an den Klr. G. vom 22. Oktober 1901 mit keinem Wort der Vorstrafen des B. erwähnte.

Die Handlungsweise des W. verstieß gegen die guten Sitten, indem er die Interessen des B. oder in erster Linie diejenigen der Stadtgemeinde, deren Ortsarmen er versorgen wollte, mit bewußter Schädigung eines Anderen verfolgte und zwar auf eine Weise, welche mit einer rechtlichen Denkungsweise nicht vereinbar ist; mit Recht können die Kl. darüber entrüstet sein, daß W., ein öffentlicher Beamter, dem sie Glauben und Vertrauen schenken mußten, einen solchen Menschen unter Verschweigung der zahlreichen und schweren Vorstrafen als zu jenem Vertrauensposten geeignet bezeichnet hat.

Der Einwand der Selbstverschuldung des Schadens ist nicht begründet; zwar wäre es vorsichtiger gewesen, wenn der kläg. Gutsverwalter dem B. als einem bisher noch nicht erprobten Dienstknecht den Einzug der Gelder nicht anver-

traut hätte; aber der Schaden ist nicht etwa dadurch entstanden, daß B. nachlässig verfuhr, sondern vermöge seiner zu Eingriffen in fremdes Eigentum ganz außergewöhnlich geneigten Natur; diese schlimme Eigenschaft des B. aber hat W. dem Arbeitgeber gegenüber, wie dargelegt, geflissentlich verschwiegen und diesen hiedurch in Irrtum versetzt und somit ist der Schaden vorwiegend von ihm verursacht worden.

Urteil des II. Civilsenats vom 5. November 1903 i. S. Stadtgemeinde Bietigheim g. Hirsch.

20.

1. Haftung des Tierhalters.
2. Eigenes Verschulden eines Kindes.
3. Aufsichtspflicht der Eltern.

Die am 3. Oktober 1893 geborene Klägerin ist am 2. Februar 1901 zu Hall, als sie auf einem Schlitten das abschüssige sogenannte „Schulbergle" herunter und in die, in jene Straße einmündende Blendstattstraße einfuhr, von einem Pferd des Beklagten, das dieser über die letztgenannte Straße vorbeiführte, und das bei Annäherung der Klägerin mit beiden Hinterbeinen ausschlug, durch einen Hufschlag ins Gesicht getroffen und verletzt worden. Ihr Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten ist für begründet erklärt worden.

Gründe.

Die Klägerin gründet den Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihr am 2. Februar 1901 durch einen Hufschlag des vom Bekl. geführten Pferdes zugestoßen ist, sowohl auf § 823 als auf § 833 B.G.B.

1) Die Anwendbarkeit der letzteren Bestimmung auf den gegenwärtigen Fall kann einem Zweifel nicht unterliegen.

Nach § 833 ist der Bekl. als Tierhalter zum Schadensersatz verpflichtet, wenn durch das von ihm gehaltene

Tier ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt ist.

Eine Verletzung der Klin mit gesundheitsschädlichen Folgen durch ein Pferd, welches zur Zeit des Unfalls dem Bekl. gehörte und von ihm auch unterhalten wurde, liegt unzweifelhaft vor. Denn es ist außer Streit, daß das Pferd des Bekl., obwohl er es am Zügel führte, an dem entgegenkommenden Schlitten der Klin scheute, hinausschlug und die Klin mit einem der ausschlagenden Hufe ins Gesicht getroffen hat — und zwar handelt es sich hienach um einen unmittelbaren Ausfluß der tierischen Natur, durch welchen, gleichviel ob das Pferd schon vorher erregt war oder erst durch das Anfahren des Schlittens der Klin an seine Hinterhufe aufgeregt bezw. erschreckt worden ist, der Unfall herbeigeführt wurde und nicht um einen durch den Bekl. vermittelst des Tieres (etwa durch falsche Führung desselben) hervorgerufenen Schaden[1]).

Da sodann die Schadensersatzpflicht des Tierhalters als eine auf dem Halten des Tieres liegende Last unabhängig von einem Verschulden des ersteren eintritt, so kann jede Erörterung der auf eine Verschuldung des Bekl. bezw. deren Verneinung abzielenden Fragen als hieher unerheblich unterbleiben.

2) Der Bekl. weist aber jede Verantwortung um deswillen zurück, weil bezüglich des der Klin zugestoßenen Unfalls sowohl ein eigenes Verschulden derselben als auch ein von ihr zu vertretendes Verschulden ihrer Eltern vorliege. Daß das Verhalten der Verletzten oder ihrer Eltern die ausschließliche Ursache der Verletzung sei, womit schon nach den allgemeinen Grundsätzen über den Kausalzusammenhang eine Haftung des Bekl. ausgeschlossen wäre[2]), wird von ihm nicht behauptet; der von ihm angezogen § 254 B.G.B. hat denn auch lediglich die Fälle im Auge, wo bei der Ent-

1) s. R.G. Bd. 50 S. 180; Jur. Wochenschr. 1902 S. 205; Seuffert Archiv Bd. 57 Nr. 121.

2) s. R.G. Bd. 51 S. 275.

stehung des Schadens ein Verschulden auf seiten des Beschädigten mitgewirkt hat. Daß aber der § 254 auch Anwendung findet in den Fällen der § 833 ist außer Zweifel[1]); nur muß entgegen der Meinung des Beruf. Kls. auch hier daran festgehalten werden, daß der jugendliche Verunglückte bei seinem objektiv rechtswidrigen Tun zugleich die den Bestimmungen des § 828 Abs. 2 entsprechende Einsicht besessen habe[2]). Wenn man nun auch mit dem Bekl. unterstellt, es habe die Klin, falls sie je ohne Kenntnis eines speziellen Polizeiverbots gewesen sein sollte, entweder selbst mitangesehen, daß der Polizeidiener schlittenfahrende Kinder von der Straße weggejagt habe, oder solches jedenfalls durch ihre Gespielen erfahren und daher wissen können, daß das Schlittenfahren innerhalb Orts nicht statthaft sei, so wäre damit noch keineswegs dargetan, daß die jugendliche Klin beim Schlittenfahren an dem Unglückstage die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit ihres Handelns erforderliche Einsicht besessen habe. Vielmehr wäre aus den schon vom Unterrichter hervorgehobenen Umständen, wonach zur kritischen Zeit eine Reihe älterer Kinder am sog. „Schulbergle" unangefochten und ohne daß irgend etwas vorfiel, Schlitten fuhren, in Verbindung mit dem nahe an der Grenze der Zurechnungsfähigkeit stehenden damaligen Alter der Klin von 7 Jahren 4 Monaten einzig die Feststellung gerechtfertigt, daß es der Klin an der erforderlichen Einsicht fehlte, um die Gefährlichkeit ihres Handelns und eine für sie damit verbundene Verantwortlichkeit zu erkennen[3]).

Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß der Bekl. der Klin zurief „sie solle anhalten". Denn es ist andererseits bestätigt, daß die Klin an der steilen Stelle weder anzuhalten noch auszuweichen im stande war, vielmehr trotz ihrer Bemühungen gerade auf das scheuende und ausschlagende Pferd zugetrieben wurde.

1) s. R.G. Bd. 51 a. a. O.; Jur. Wochenschr. 1902 a. a. O.
2) s. R.G. Bd. 51 S. 276; Jur. Wochenschr. 1902 Beil. S. 200.
3) s. Jur. Wochenschr. 1903 Beil. 3 Nr. 51.

Der Bekl. macht aber weiter geltend, daß, wenn auch ein eigenes Verschulden der jugendlichen Klägerin zu verneinen sein sollte, doch die Eltern derselben die ihnen gesetzlich — s. §§ 1627, 1631, 1634 B.G.B. — obliegende Aufsichtspflicht schuldhaft verletzt haben, indem sie duldeten, daß die Klin einem bestehenden Polizeiverbot zuwider in den Straßen der Stadt Hall Schlitten gefahren sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob in der schuldhaften Außerachtlassung der elterlichen Aufsichtspflicht überhaupt einer der Fälle zu finden ist, in denen nach § 254 Abs. 2 vgl. mit § 278 B.G.B. ein der elterlichen Aufsicht unterworfenes beschädigtes Kind für eine Verschuldung seiner gesetzlichen Vertreter in gleichem Umfang einzutreten hat, wie für sein eigenes Verschulden[1]). Denn keinesfalls ist vorliegend der Nachweis einer schuldhaften Verletzung der Aufsichtspflicht der Eltern der Klin erbracht.

Auch bei ordnungsmäßiger und gehöriger Aufsichtsführung können die Eltern unmöglich für verpflichtet erachtet werden, schulpflichtige Kinder im Alter der Klin ständig in einer Weise zu beaufsichtigen, daß sie dieselben jederzeit auch bei ihren Spielen überwachen oder überwachen lassen. Wenn daher die Klin, welche — wie nicht widersprochen ist — selbst keinen Schlitten besitzt, einen solchen bei Dritten ohne Wissen ihrer Eltern entlehnte und auf demselben wie die anderen Kinder das gefährliche „Schulbergle" hinabfuhr, so kann nach Lage der Sache darin, daß dies von den Eltern nicht verhindert worden ist, nicht ohne weiteres eine Vernachlässigung ihrer Aufsichtspflicht gefunden werden, gleichgültig ob in Hall das Schlittenfahren der Kinder in den Straßen der Stadt polizeilich verboten und ob den Eltern der Klin dieses Verbot bekannt gewesen ist.

Urteil des II. Civilsenats vom 9. März 1903 i. S. Laidig g. Humpfer.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

---

1) s. Planck, Komm. Anm. 4 zu § 254 Bd. II. S. 26; Dernburg, Bd. II S. 77 § 32 Ziff. 4.

21.

1. Anfechtung einer Darlehensschuld, weil die Wechselschuld, die in die Darlehensschuld umgewandelt worden ist, nicht zu Recht bestand.

2. Ungiltigkeit eines Wechsels, der einen vor dem Ausstellungstag liegenden Tag als Zahlungstag bezeichnet.

Der Bekl., als Inhaber einer Tratte vom 13. November 1900 über 450 M., hat am 3. Januar 1901 mangels Zahlung der Acceptanten Bezahlung der Wechselsumme vom Kl. auf Grund von dessen Blankogiro verlangt; Kl. und seine Ehefrau erklärten, sie haben zur Zeit kein bares Geld, sie wollen aber dem Bekl. für seine Wechselforderung und für weitere Forderungen desselben im Gesamtbetrag von 1154 M. eine Hypothek auf ihrem zur Errungenschaft gehörigen Wohnhaus bestellen. Demgemäß hat Kl. mit seiner Frau am 11. Januar 1901 vor dem Notar anerkannt, „dem Bekl. aus Darlehen 1154 M. nebst 5% Zinsen hieraus schuldig zu sein und die Eintragung einer Hypothek hiefür auf dem genannten Grundstück zu bewilligen;" die Hypothek wurde eingetragen und später im vollen Betrag nebst den bis zum Verteilungstermin 24. Februar 1902 erwachsenen Zinsen mittels Zwangsverkaufs des Grundstücks befriedigt, nachdem im Verteilungstermin der Kl. unter der Behauptung: daß ihm gegen den Bekl. „ein Regreßanspruch aus Wechselbegebung im Betrage von 450 M. zustehe" gegen die Forderung des Bekl. „in Höhe der Wechselsumme von 450 M." Widerspruch eingelegt, übrigens die einstweilige Auszahlung dieses Betrags nebst Zinsen an den Bekl. genehmigt hatte. Nachher erhob Kl. gegen den Bekl. Klage auf Zurückzahlung der 450 M., weil der fragliche Wechsel, und damit auch sein darauf befindliches Giro, ungültig sei, da er der Angabe eines möglichen Zahlungstags ermangle, sofern der am 13. November 1900 ausgestellte Wechsel „am 1. Januar 1900" zahlbar gestellt sei. Wenn auch wahrscheinlich sei, daß dies

nur auf einem Schreibversehen beruhe, und vielmehr: „am 1. Januar 1901" hätte heißen sollen, so sei diese Auslegung doch keineswegs gewiß, es fehle also dem Wechsel an der im § 4 Ziff. 4 der Wechselordnung als wesentliches Erfordernis vorgeschriebenen „Angabe der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll."

Es wurde nach der Klage erkannt, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Da der Bekl. das, was er im Weg der Zwangsvollstreckung aus dem ihm verpfändeten Grundstück ausbezahlt erhielt, empfangen hat auf Grund seines formell rechtsbeständigen Hypothekenrechts, so hat der Kl. zur Begründung seines Anspruchs auf Zurückerstattung eines dem Wechselbetrag entsprechenden Teils jener Auszahlung darzutun, daß der Bekl. auf Höhe dieses Betrags ohne wirklichen (materiellen) Rechtsgrund auf Kosten des Kl. bereichert ist (B.G.B. § 812) also: daß die durch die Hypothek gesicherte Darlehensforderung des Bekl. zu dem erwähnten Teil nicht rechtsbeständig sei.

Die Darlehensforderung des Bekl. von 1154 M. ist anerkanntermaßen dadurch entstanden, daß die Parteien in Ausführung einer am 3. Januar 1901 stattgehabten Vorbesprechung am 11. Januar 1901 vereinbart haben, es solle der Anspruch des Bekl. auf Bezahlung der Wechselsumme von 450 M. zusammen mit weiteren Forderungen desselben in eine Darlehensforderung von 1154 M. nebst 5% Zinsen umgewandelt und durch Hypothekenbestellung auf dem Wohnhaus des Kl. sichergestellt werden. Durch diese nach B.G.B. § 607 Abs. 2 zulässige Vereinbarung aber ist die Wechselschuld des Kl. (sofern diese überhaupt bestand) nicht aufgehoben worden, da der Zweck der Vereinbarung in der Feststellung und formellen Vereinigung der mehrfachen Schuldverbindlichkeiten des Kl. behufs deren Sicherung durch eine einheitliche Hypothek, also nicht in der Beseitigung der unterliegenden Schuldverhältnisse bestanden hat, zumal letzteres selbst im Zweifelsfall nicht als die Absicht

der Parteien anzunehmen wäre (B.G.B. § 364). Es ist also hiedurch keineswegs ausgeschlossen, daß der Kl. behufs Anfechtung der Hypothekenforderung auf jenen ursprünglichen Schuldgrund zurückgreife. Immerhin aber hat durch das in jener Vereinbarung enthaltene Schuldanerkenntnis, welches gemäß B.G.B. § 126 Abs. 3 in der in § 781 vorgeschriebenen Schriftform abgegeben ist, der Bekl. einen zu seiner Wechselforderung hinzutretenden weiteren Forderungsgrund erhalten, welchen der Kl. behufs Beseitigung der Hypothekenforderung zusammen mit der Wechselforderung zu entkräften hat. Ein derartiges Schuldanerkenntnis erscheint nun aber (nicht minder als die Hypothekenbewilligung) gemäß B.G.B. 812 Abs. 2 als eine Leistung des Kl. an den Bekl., welche, wenn der mit ihr nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg, nämlich der von den Parteien übereinstimmend beabsichtigte Erfolg der Feststellung der wirklichen Rechtslage, d. h. des wirklich bestehenden Schuldverhältnisses, also auch der Wechselverbindlichkeit des Kl., nicht eintritt, sofern die als bestehend festgestellte Wechselverbindlichkeit in Wirklichkeit nicht bestand, nach § 812, Abs. 1 Satz 2 „den Bekl. zur Herausgabe verpflichtet", d. h. dazu, die als bestehend festgestellte Schuld als nicht bestehend zu behandeln, d. h. das auf Grund derselben Erlangte zurückzuerstatten.

Da, wie erwähnt, das fragliche Schuldanerkenntnis nicht etwa zum Zweck der Begründung einer zuvor nicht bestehenden neuen Schuld, sondern zwecks Erfüllung — und zunächst Sicherung — der zwischen den Parteien bestehenden Verbindlichkeiten, insbesondere der Wechselverbindlichkeit des Kl., erteilt worden ist, so ist die „Zurückforderung desselben" mit der eben angegebenen Wirkung nach B.G.B. § 813 schon dann begründet, wenn nachgewiesen ist, daß die festgestellte Schuld in Wahrheit nicht bestand (oder durch dauernde Einrede entkräftet war), ohne daß, wie der Anwalt des Bekl. meint, Kl. behufs Anfechtung seines Anerkenntnisses einen nach § 119 B.G.B. erheblichen Irrtum bei der Anerkennung darzulegen hätte, vielmehr ist es nach B.G.B.

§ 813 in solchem Falle Sache des Bekl., zu zeigen, daß der Kl. bei Abgabe seines Anerkenntnisses gewußt habe, daß er zur Anerkennung nicht verpflichtet, d. h. daß die anerkannte Schuld nicht begründet (oder aufgehoben) sei, oder auch, daß die Erteilung des Anerkenntnisses einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen habe.

Die in Frage stehende Wechselverbindlichkeit des Kl. aber hat in Wahrheit nicht bestanden, da der Wechsel und damit auch das Giro des Kl. mangels gehöriger Angabe der Zahlungszeit des Wechsels nichtig ist.

Da der gezogene Wechsel der Regel nach ein für den Umlauf in weiteren Kreisen bestimmtes Wertpapier darstellt, ist es als im Sinne des Gesetzes gelegen anzusehen, daß die in Art. 4 der W.O. als unentbehrliche Formerfordernisse der Wechsel vorgeschriebenen Angaben aus der Wechselurkunde selbst (und dem Zusammenhang ihres Inhalts) ohne Zuhilfenahme weiterer Erkenntnisquellen zu entnehmen und auch für den den ursprünglichen Wechselbeteiligten entfernt stehenden dritten Wechselnehmer mit Sicherheit sich ergeben müssen, und daß, wo die Ansicht der Urkunde und deren Auslegung in einer dieser Beziehungen auch nur begründete Zweifel übrig läßt, dem betreffenden Formerfordernis nicht genügt und deshalb der Wechsel ungültig ist. Die Auslegung der vorliegenden Wechselurkunde nun erbringt als sicheres Ergebnis nur das, daß die darin angegebene Zahlungszeit: „1. Januar 1900“ nicht die gewollte sein kann, weil sie unmöglich ist; welche andere Zeit aber die wirklich gewollte Zeit sei, wäre vielleicht durch Vernehmung der Beteiligten, ist aber nicht aus der Urkunde selbst mit Sicherheit festzustellen; denn die Erfahrung, daß die versehentliche Schreibung der Jahreszahl, nämlich die Angabe des laufenden anstatt des nächstkommenden Jahrs, zumal gegen den Ausgang des laufenden Jahres hin, häufig vorzukommen pflegt, läßt die Annahme, es werde auch im vorliegenden Fall statt des 1. Januar 1900 der 1. Januar 1901 als Zahlungstag

gemeint gewesen sein, zwar als möglich, vielleicht als wahrscheinlich, aber keineswegs als gewiß erscheinen. Das Oberlandesgericht hat deshalb im Einklang mit seiner früheren Rechtsprechung [1]) und in Uebereinstimmung mit Entscheidungen des R.O.H. Ger., des Obertribunals Berlin und des Oberlandesgerichts Rostock [2]) den vorliegenden Wechsel als ungültig erachtet.

Daß der Kl. schon zur Zeit seines Anerkenntnisses vom 3. bezw. 11. Januar 1901 und seiner Hypothekbewilligung g e w u ß t habe, daß sein Wechselgiro nicht rechtsverbindlich sei, hat der Bekl. nicht behauptet.

Daß aber das vom Kl. erteilte Anerkenntnis seiner in Wirklichkeit nicht bestehenden Wechselverbindlichkeit einer sittlichen Pflicht desselben oder einer Anstandsrücksicht entsprochen habe, läßt sich nicht mit Grund behaupten, auch dann nicht, wenn man unterstellt, daß der Bekl. für die Erteilung seiner Wechselbürgschaft von dem Acceptanten des Wechsels eine dem Wechselbetrag im Wert gleichkommende Vergütung erhalten habe. Denn nach der Darstellung des Bekl. selbst hat Kl. sein Giro lediglich auf Veranlassung des W. aus Gefälligkeit gegen diesen (oder etwa in Erwartung einer ihm von diesem hiefür in Aussicht gestellten Vergütung) auf den Wechsel gesetzt, ohne Zureden des Bekl. und ohne Zusicherung dieses letzteren; hienach hatte Kl. dem B e k l. kein „Versprechen gegeben für die Wechselsumme ihm Bürgschaft leisten zu wollen,“ hatte auch die Erteilung seines Giro nicht als eine dem B e k l. von ihm geleistete Bürgschaft, sondern als einen lediglich dem W. geleisteten Dienst betrachtet; Kl. konnte deshalb dem Bekl. gegenüber die sittliche Pflicht, ein diesem gegebenes Versprechen trotz der formellen Ungültigkeit des Wechsels zu erfüllen, nicht haben, und daß etwa dem W. gegenüber für den Kl. eine solche Pflicht bestanden hätte, ist

1) Württ. Archiv Bd. 5 S. 248; L ö h r, Centralorgan Bd. 2 S. 96.

2) Bd. 1. S. 55; Archiv für Wechselrecht Bd. 7 S. 335 und 391; B u c h k a und B u d d e, Entscheidungen Bd. 3 S. 141.

nicht abzusehen, da er dem W. ein Versprechen, seine dem Wechselzug unterliegende materielle Schuld gegen den Bekl. an W.s Stelle zu erfüllen, nicht gegeben hat und die Nichtigkeit der Giro-Erteilung des Kl. den W. berechtigte, die dem Bekl. etwa gegebene Vergütung von diesem als grundlos gewordene Bereicherung zurückzufordern.

Urteil des I. Civilsenats vom 3. April 1903 i. S. Flitsch g. Glöckler.

22.

Anspruch eines gewerblichen Arbeiters auf Abänderung eines ihm erteilten Führungszeugnisses.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

Das auf die Ausstellung eines Zeugnisses für „die Dienstleistungen des Klägers mit der Prädizierung, daß er ehrlich gedient habe", gerichtete Klagebegehren geht, wie aus der Klagebegründung erhellt, nur auf die Ausstellung eines Zeugnisses über die Führung des Klägers. Für die Beurteilung dieses Anspruchs ist der § 113 Gew.O. maßgebend, insofern der Kläger zweifellos bei der Beklagten als gewerblicher Arbeiter i. S. des § 113 Abs. 1 vergl. mit der Ueberschrift zu Tit. 7 der G.O. beschäftigt war und das verlangte Zeugnis sich über seine Führung in dieser Stellung aussprechen soll.

1) Nach § 113 Abs. 1 G.O. können die Arbeiter „beim Abgange ein Zeugnis über die Art und Dauer ihrer Beschäftigung fordern" und nach Abs. 2 daselbst ist dieses Zeugnis „auf Verlangen der Arbeiter auch auf ihre Führung und ihre Leistungen auszudehnen". Es könnte sich nun in erster Linie fragen, ob nicht die Klage schon um deswillen unbegründet sei, weil der Kläger unbestrittenermaßen die Ausstellung des hier in Rede stehenden Zeugnisses nicht gleich bei seiner am 19. Januar 1901 erfolgten Entlassung aus seiner Stellung bei der Beklagten oder wenigstens, falls man

erstere als ungerechtfertigt und daher die Lösung des Arbeitsverhältnisses als erst mit dem Ablauf der vereinbarten vierwöchigen, ab 19. Januar 1901 zu berechnenden Kündigungsfrist, also mit dem Ablauf des 16. Februar 1901 erfolgt erachten wollte, nicht an diesem Tage verlangt hat [1]). Allein diese, durch den Wortlaut des Gesetzes nicht gerechtfertigte, Auffassung würde dem Zweck der Bestimmung widersprechen, wonach dem Arbeiter durch die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses die Erlangung einer anderweitigen Beschäftigung tunlichst erleichtert werden soll; ein Zweck, der gerade auch dann die Ausstellung eines Zeugnisses als geboten erscheinen läßt, wenn der Arbeiter zunächst ohne ein solches Beschäftigung zu erlangen versucht, und sich erst später der Besitz eines Zeugnisses hiezu als notwendig oder zweckmäßig erweist [2]).

2) Sodann erhebt sich die Frage, ob, nachdem die Beklagte dem Kläger bereits ein Zeugnis über Leistungen und Führung ausgestellt hat, der Kläger nicht auf die Forderung einer bloßen Berichtigung dieses, von ihm zu diesem Zwecke der Beklagten zurückzugebenden, Zeugnisses beschränkt ist [3]), oder ob er berechtigt ist, ein neues selbständiges Zeugnis zu verlangen. Die Frage ist in letzterem Sinne zu beantworten, da eine bloße Berichtigung ein Zurückgreifen des Arbeiters auf das ursprüngliche Zeugnis erforderlich machen und hiedurch der oben gekennzeichnete Zweck des § 113 cit. vielfach erschwert würde [4]).

3) Durch § 113 G.O. ist dem Arbeiter nicht etwa nur

---

1) Vgl. Oertel im Sächs. Arch. Bd. 12 S. 28 ff.

2) Vgl. Landmann, Komm. z. G.O. § 113 Anm. 1 a Abs. 2; Crome, System Bd. II § 258 II 5 (zu § 630 B.G.B.); Staub, Komm. z. H.G.B. § 73 Anm. 2; Düringer-Hachenburg, Komm. z. H.G.B. § 73 Anm. 1; Makower, Komm. z. H.G.B. § 73; Horrwitz, das Recht der Handlungsgehilfen S. 83 (zu § 73 H.G.B.).

3) so Staub, l. c. zu § 73 Anm. 4.

4) so O.L.G. Dresden in den Annalen dess. Bds. 22 S. 258 ff.; auch Schicker, Komm. z. G.O. § 113 Anm. 4 Abs. 2.

ein Anspruch darauf gewährleistet, daß ihm der Arbeitgeber überhaupt ein Zeugnis über die Führung ausstelle, sondern ein Anspruch auf ein wahrheitsgemäßes Führungszeugnis. Daraus folgt, daß ihm ein Recht auf eine andere, dem wirklichen Sachverhalt entsprechende schriftliche Prädizierung zusteht, wenn die bereits erfolgte unrichtig ist[1]). Dies gilt auch dann, wenn das Zeugnis nicht in der Konstatierung bestimmter Tatsachen besteht, sondern in der Form eines Urteils abgegeben wird, und zwar nicht nur[2]) dann, wenn das in dem Zeugnis niedergelegte Urteil wider besseres Wissen abgegeben ist, sondern auch dann, wenn dasselbe der Ueberzeugung des Arbeitgebers entspricht, da der Arbeiter ein Recht auf „objektiv richtige Attestierung" hat[3]). Der Beweis dafür, daß das Zeugnis mit dem verlangten Inhalt der Wahrheit entspricht, liegt dem Arbeiter ob, da es sich hier um rechtsbegründende Tatsachen handelt[4]).

Im vorliegenden Falle kann man es nun dahingestellt lassen, ob dem Kläger überhaupt ein Recht auf Bezeugung eines Verhaltens nach einer einzelnen Richtung hinsichtlich seiner Ehrlichkeit, und nicht vielmehr nur ein Anspruch auf ein Zeugnis über seine Führung im allgemeinen zusteht. Denn jedenfalls hat der Kläger den Beweis nicht erbracht, daß er der Beklagten ehrlich gedient habe, d. h. daß er sich keine Veruntreuungen gegen sie habe zu schulden kommen lassen. Allerdings untersteht die durch § 113 G.O. begründete Verpflichtung des Arbeitgebers der Regel des § 242 B.G.B., wonach der Schuldner die Leistung so zu bewirken hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern und es ergibt sich hieraus, daß die Beklagte nicht berechtigt wäre, dem Kläger das Zeugnis

1) Vgl. Landmann, l. c. Anm. 3; Staub, l. c. Anm. 4; Düringer-Hachenburg, l. c.; Lehmann-Ring, Komm. z. H.G.B. § 73 Anm. 1; Makower, l. c.).

2) wie das O.L.G. Hamburg in einer Entscheidung vom 3. Juni 1902 in Mugden Rechtspr. Bd. 5 S. 269 ff. annimmt.

3) Horrwitz, l. c. S. 84 Z. 5.

4) Vgl. Düringer-Hachenburg, l. c.; Mugden Rechtspr. l. c.

ehrlichen Verhaltens zu versagen, wenn sie lediglich keine Anhaltspunkte für das Gegenteil hätte und ihre Weigerung nur auf einen allgemeinen, nicht auf Tatsachen fußenden Verdacht stützen könnte. Allein die Beklagte begründet den nach ihrer Behauptung ihren Vorstandsmitgliedern innewohnenden Verdacht, ja deren Ueberzeugung von den Veruntreuungen des Klägers mit einer Reihe bestimmter Tatsachen, deren Gewicht der Kläger auch nicht durch die Leistung eines Eides dahin, daß er der Beklagten nie etwas veruntreut habe, zu beseitigen vermöchte (wie weiter ausgeführt wird).

Urteil des II. Civilsenats vom 5. Febr. 1903 i. S. Sauter gegen Dampfmolkerei Ingelfingen.

23.

Giltigkeit eines einem Vorstandsmitglied einer eingetragenen Genossenschaft gegenüber abgegebenen Zahlungsversprechens?

Der klagende Verein, e. G. m. u. H., hat gegen den Bekl. Klage erhoben auf Nachzahlung eines durch Zwangsvergleich nachgelassenen Betrags an einer Darlehensschuld des Bekl., indem er behauptet hat, Bekl. habe nach Abschluß des Zwangsvergleichs einem Vorstandsmitglied des klischen. Vereins gegenüber diese Nachzahlung versprochen.

Die Klage ist abgewiesen. Aus den

Gründen:

Das Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften enthält weder in seinen früheren Fassungen, noch in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 in seinem dritten, die Vertretung und Geschäftsführung behandelnden Abschnitte eine dem § 28 Abs. 2 B.G.B., dem § 125 Abs. 2 Satz 3 H.G.B., dem § 150 Abs. 2 Satz 2 H.G.B. und dem § 35 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (sowohl in der Fassung vom 20. Mai 1898 als auch schon in der

Fassung vom 20. April 1892) entsprechende Bestimmung in Betreff einer der Genossenschaft gegenüber abzugebenden Erklärung, daß nämlich die Abgabe gegenüber einem Mitgliede des Vorstandes genüge (zu vgl. §§ 24 und 25 der Fassung vom 20. Mai 1898).

Mangels Einführung dieser — auf einer Fortbildung des in § 171 Abs. 3 C.P.O. und in Art. 117 Abs. 2 des alten H.G.B. ausgeprägten Rechtsgedankens beruhenden — Bestimmung des § 28 Abs. 2 B.G.B. ist es also für die Genossenschaften bei dem Rechtszustand geblieben, der in den Motiven I. S. 99/100 zu § 44 Abs. 6 Satz 1 des I. Entwurfs = § 28 Abs. 2 B.G.B. geschildert ist[1]); die Genossenschaft wird durch den Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten, eine der Genossenschaft gegenüber abzugebende Willenserklärung ist demnach dem Vorstand, nicht einem Mitglied des Vorstands gegenüber abzugeben.

Hienach und da auch die Statuten des Klägers über die Abgabe von Willenserklärungen gegenüber dem Kläger nichts disponieren, war der Vorsteher S. bei der angeblichen Erklärung des Beklagten nicht Empfangsorgan des Klägers, und es kann auch von einer analogen Anwendung des § 131 Abs. 2 B.G.B. keine Rede sein.

Die angebliche Erklärung des Beklagten, welche — gleichviel, ob das Nachzahlungsversprechen des Beklagten ein Versprechen im Sinne der §§ 780, 781 B.G.B. oder ein anderweites Zahlungsversprechen wäre, jedenfalls ein an den Kläger gerichteter Vertragsantrag sein müßte — war also an sich nicht an den Kläger gerichtet; sie wäre es nur dann gewesen, wenn der Beklagte den Vorsteher S. als seinen Boten beauftragt hätte, seine Erklärung dem Kläger zu überbringen; einen ausdrücklichen Auftrag hiezu behauptet der Kläger selbst nicht und die Umstände der angeblichen Erklärung, auch wie sie der Kläger vorträgt, sind für einen

1) Vgl. die Motive zum Entwurf eines H.G.B. von 1896 zu § 113 Abs. 2 Satz 3 des Entwurfs = § 125 Abs. 2 Satz 3 des H.G.B.

solchen Auftrag nicht nur nicht schlüssig, sondern sprechen deutlich für das Gegenteil, insofern sich die ganze Unterredung zwischen S. und dem Beklagten als ein reines, mit dem Angebot einer privaten Belohnung des S. anhebendes Privatgespräch charakterisiert. — Wenn also je der Beklagte bei der angeblichen Erklärung der ernstlichen Absicht war, die ihm vom Kläger im Zwangsvergleich nachgelassenen Schulden sämtlich dem Kläger nachzuzahlen und wenn er je dieser seiner Absicht dem S. gegenüber Ausdruck gab, so war er damit dem Kläger gegenüber noch keineswegs gebunden, er durfte später seine Absicht ändern und es verschlägt nichts dagegen, wenn S. alsbald von sich aus den andern Vorstandsmitgliedern Mitteilung von einer solchen Erklärung des Beklagten machte.

Urteil des II. Civilsenats vom 27. November 1902 i. S. Darlehenskassenverein Wäschenbeuren g. Kaißer.

24.

Zur Auslegung des § 6 des Wettbewerbgesetzes.

Ein Teilhaber der bekl. Firma hat gegenüber von Kauflustigen geäußert: Die Bekl. mache jetzt auch die Lahmannwäsche der Klin, die könne jetzt jedermann machen, das Patent sei erloschen; die Ware der Bekl. sei gerade so gut und preiswürdig wie die Lahmannwäsche, der einzige Unterschied bestehe darin, daß sie ohne Stempel 23 M. koste, die andere mit Stempel 35 M. Auf Klage der Klin wurde der Bekln bei Strafe die Wiederholung der Behauptungen untersagt: das Schutzrecht der Klin für die Lahmannwäsche sei erloschen und der einzige Unterschied zwischen der Lahmannwäsche der Klin und der Ware der Bekln bestehe in dem Stempel und dem höheren Preis der ersteren.

Aus den

Gründen:

Die Behauptung, das Patent sei erloschen, hat den Inhalt: Das Schutzrecht der Klin für die Lah-

mannwäsche sei erloschen. Es wurde zwar gesagt, das Patent sei erloschen, aber damit ist gemeint dasjenige Schutzrecht, das bestanden habe, sei erloschen. Es ist nicht gesagt und kann nicht gemeint sein, ein Patent bestehe überhaupt nicht, sondern es ergibt sich aus den vorangehenden Worten: die Lahmannwäsche könne „jetzt" jedermann machen, und aus dem folgenden Worte „erloschen", daß ein Aufhören des bisher bestandenen Schutzrechts behauptet werden soll. Bestanden hat das Warenzeichenrecht, aber es besteht auch noch. Dieses Recht wird denn auch häufig wie das Gebrauchsmusterrecht in nichtsachverständiger Sprache als Patent bezeichnet. Dieser Inhalt der fraglichen Behauptung ergibt sich daraus, daß mit dem Vorbringen, es liege kein Patent vor, kein Einfluß auf die Kundschaft auszuüben gewesen wäre, da diese wußte, daß ein Schutzrecht jedenfalls bisher bestanden hatte und einem solchen Vorbringen gegenüber lediglich angenommen hätte, das bestehende Schutzrecht sei eben ein anderes als ein Patent. Dagegen konnte es, als der Kenntnis und sofortigen Nachprüfung der Kundschaft entzogen, Einfluß ausüben, wenn ein Erlöschen des Schutzrechts unter irgend einer Bezeichnung behauptet wurde.

Hienach ist anzunehmen, daß vermöge der Worte „jetzt" und „erloschen", das wirklich vorliegende Schutzrecht, gleichviel was seine genaue Bezeichnung war, getroffen wurde und getroffen werden sollte. Die Bekl. macht denn auch selbst nicht geltend, daß ihr Teilhaber angenommen habe, ein früheres Patent sei erloschen gewesen.

Diese festgestellte Behauptung ist, wie hier nicht weiter beanstandet und zu begründen ist, eine Behauptung tatsächlicher Art, aufgestellt über die Waren der Klin. Sie ist geeignet, den Betrieb ihres Geschäfts zu schädigen, sofern sie einem Umstand die Wirksamkeit entziehen kann, der erfahrungsgemäß die Kundschaft bewegt, der Ware des betreffenden Geschäfts den Vorzug zu geben, dem Umstand nämlich, daß dieses Geschäft die ausschließliche Befugnis hat, Waren dieser bekannt gewordenen Bezeichnung zu verkaufen, die gesucht

sind, weil der Bezeichnung eine bekannte Beschaffenheit entspricht. Die Behauptung ist nicht erweislich wahr, vielmehr erweislich unrichtig. Nach den hervorgehobenen Umständen ist sie zu Zwecken des Wettbewerbs aufgestellt, zur Verdrängung der Ware der Klin durch die der Bekln.

Von seiten der Bekln ist geltend gemacht, der Mitteilende und der Empfänger der Mitteilung haben an ihr ein berechtigtes Interesse gehabt (§ 6 Abs. 2 des Ges.), da es sich um die Aufklärung der Kundschaft über unrichtige Anschauungen gehandelt habe. Dies trifft nach dem festgestellten Inhalt der Behauptung nicht zu; es handelt sich nicht um Beseitigung, sondern um Herbeiführung eines Irrtums und es wird auch nicht geltend gemacht, wäre aber noch weniger anzunehmen, daß der Teilhaber der Bekln geglaubt habe, ein Patentrecht oder anderes Schutzrecht der Klin sei jetzt erloschen, so daß wenigstens von seinem Standpunkt aus ein berechtigtes Interesse vorgelegen wäre.

§ 6 Abs. 1 des Ges. vom 27. Mai 1896 ist also auf die Behauptung anzuwenden.

Die Behauptung: die Lahmannwäsche der Klin und die Wäsche der Bekl. unterscheiden sich bloß durch den Stempel und den höheren Preis der ersteren, verläßt das Gebiet einer allgemeinen Anpreisung und eines allgemeinen Urteils, indem sie sich über bestimmte Einzelheiten des Unterschieds der beiderseitigen Waren ausspricht und dahin geht, der einzige Unterschied sei der Preis und der Stempel. Hier sind auch, dem Sinne nach, dem vergleichenden Urteil die begründenden Tatumstände beigefügt, die nachgeprüft werden können und nicht von verschiedenem Empfinden der einzelnen abhängig sind: die Beschaffenheit der Ware sei eine gleiche, nur der Stempel sei bei der Ware der Klin hinzugefügt und in offenbarem Zusammenhang damit, deshalb sei der Preis ein anderer, höherer, diesem Preis entspreche nicht eine sonstige andere Beschaffenheit. Von diesen Grundlagen aus wird zu dem allgemeinen Urteil der gleichen Preiswürdigkeit u. s. w. vorgeschritten, das als Er-

gebnis vorangestellt ist.

Diese Behauptung über den einzigen Unterschied ist daher eine Behauptung tatsächlicher Art über die Ware der Klägerin im Sinne des § 6 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 [1]). Wie die Sachverständigen-Gutachten dartun, ist diese Behauptung nicht erweislich wahr, vielmehr erweislich unrichtig. Es besteht der Beschaffenheit nach ein erheblicher Unterschied. Inwieweit der hiedurch in erheblichem Umfang begründete Preisunterschied auch noch durch den Stempel begründet ist, ergibt sich hienach als unerheblich, die Behauptung, der einzige Unterschied sei der Stempel und Preis, ist jedenfalls als erheblich unrichtig nachgewiesen.

Diese festgestellte Behauptung tatsächlicher Art, welche nicht erweislich wahr, vielmehr unrichtig ist, muß auch als geeignet angesehen werden, den Betrieb des Geschäfts der Klägerin zu schädigen; denn wenn sie Glauben findet, wird die Kundschaft abgehalten, die Waren der Klin zu kaufen. Wenn anderwärts Waren gleicher Beschaffenheit, abgesehen von dem die bekannte Beschaffenheit dann nicht mehr besonders in Aussicht stellenden Stempel (Warenzeichen), um billigeren Preis erworben werden können, so wird sich die Kundschaft dorthin wenden.

Ein berechtigtes Interesse an der Mitteilung im Sinne des § 6 Abs. 2 des Gesetzes ist in gleicher Weise, wie zum ersterwähnten Fall, zu verneinen. Auch hier wäre nicht anzunehmen, daß der Teilhaber der Bekln wirklich der Ansicht gewesen wäre, es bestehe außer dem genannten kein Unterschied zwischen den beiderseitigen Waren. Dies ist durch seine unzweifelhafte Kenntnis des Geschäftszweigs und die Ergebnisse der sachverständigen Begutachtung ausgeschlossen. Der Anspruch aus § 6 Abs. 1 des Gesetzes trifft also ebenso wie im zuvor erörterten Falle zu.

1) Zu vgl R.G. Bd. 44 S. 12; Württ. Jahrb. Bd. XIV S. 44; R.G. 12. VII 1901 Jurist. Wochenschrift 1901 Nr. 23 S. 658; Birkenbihl, unlauterer Wettbewerb Nr. 220; R.G 8. V. 1900. J.W. 1900 S. 476 Nr 22; Birkenbihl Nr. 222.



Es fragt sich noch, ob der Anspruch aus § 6, der durch die Behauptungen des Teilhabers der Bekln begründet ist, gegenüber der bekln offenen Handelsgesellschaft, wie die Klage geltend macht, begründet ist. Dies ist zu bejahen. Der Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft hat bei den fraglichen Verhandlungen mit der Kundschaft der Klin und durch Aufstellung der festgestellten Behauptungen für den Geschäftsbetrieb der offenen Handelsgesellschaft gearbeitet und ist für diese tätig gewesen. Nach § 124, 125, 126 H.G.B. hat er damit die Gesellschaft vertreten und verpflichtet und hat auch die civilrechtlichen Ansprüche aus § 6 des Ges. vom 27. Mai 1896, wie sie geltend gemacht sind, gegenüber der Gesellschaft zur Entstehung gebracht. Die Gesellschaft hat die Wiederholung der Behauptungen, welche durch ihre Vertreter geschehen würde, zu unterlassen. Zu solcher Unterlassung kann sie durch civilrechtliche Strafen (§ 890 C.P.O.) angehalten werden[1]). Zu demselben Ergebnis würde auch eine entsprechende Anwendung des § 31 B.G.B. auf die Handlungen des verfassungsmäßig berufenen Vertreters der offenen Handelsgesellschaft führen.

Urteil des I. Civilsenats vom 24. April 1903 i. S. Burkhardt & Moos gegen Heinzelmann.

25.

Zur Auslegung des § 155 des Reichsbeamtengesetzes.

Am 14. August 1901 ging dem Kläger, welcher damals als Rechnungsrat bei der Intendantur des XIII. Armeekorps angestellt war, eine königliche Ordre vom 10. August 1901 zu, nach welcher er auf sein Ansuchen zum 1. Dezember 1901 mit der gesetzlichen Pension in den Ruhestand versetzt wurde. Bald darauf tauchte gegen ihn der Verdacht der Unterschlagung auf und im September wurde gegen ihn die strafgerichtliche Untersuchung eröffnet, welche damit endigte, daß er

1) Zu vgl. Staub H.G.B. 6./7. Aufl. zu § 126 Anm. 2.

durch Urteil vom 14. März 1902 wegen Unterschlagung und Untreue zu 3 Jahren Gefängnis und Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter auf 5 Jahre rechtskräftig verurteilt wurde. Nach Einleitung der Untersuchung erging dann unter dem 24. November 1901 eine weitere königliche Ordre, wodurch die königliche Ordre vom 10. August 1901 aufgehoben wurde. Kläger protestierte und beantragte beim Kriegsministerium die Gewährung seiner Pension und hat dann, als dieser Antrag zurückgewiesen war, Klage auf Zahlung der bis dahin fällig gewordenen Pensionsraten, soweit sie unpfändbar sind, erhoben, indem er sich auf die erwähnte königliche Ordre vom 10. August stützte und die spätere Ordre vom 24. November 1901 für rechtlich bedeutungslos erachtete

Die Klage ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden.

Gründe:

Der Kläger M. war als Beamter der Intendantur als Buchhalter des Kriegszahlamts und als Intendantursekretär Militärbeamter des Reichsheeres und Reichsbeamter im Sinne des § 1 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 zweiter Fall[1]).

M. war „mittelbarer" Reichsbeamter d. h. zugleich Württembergischer Landesbeamter. Seine Ernennung war dem Einzelstaat überlassen[2]).

Für die Ernennung war daher das Württembergische öffentliche Recht maßgebend (§ 42 der Verfassungsurkunde)[3]),

1) Laband, Staatsrecht d. Deutschen Reichs § 44 Z. 2 Band I. 4. Aufl. S. 416 u. 417 insbes. bei Anm. 1 S. 417. Pieper, Reichsbeamtenges. 2. Aufl. zu § 1 Anm. 3 b; zu vgl. Verzeichnis vom 30. Juni 1873 R.Ges.Bl. S. 169 S. 175 IV. D a „3 in Württemberg" 1 u. 3. Verordnung betr. die Klasseneinteilung der Militärbeamten des Reichsheers vom 12. Aug. 1901 R.Ges.Bl. S. 283, Klasse III 2. Württemberg b u. c; Pieper S. 675.

2) Zu vgl. Laband § 44,2 S. 416, § 45 S. 422, Pieper Anm. 3 zu § 1 R.B.G. S. 5; Militärkonvention zwischen dem Norddeutschen Bunde und Württemberg von 21/25. Nov. 1870, Württ. Reg. Blatt von 1871 S. 8 Art. 5.

3) Gaupp, Württ. Staatsrecht § 45.

das Ernennung durch den König vorsieht.

Da aber M. Reichsbeamter im Sinn des § 1 R.B.G. war, fand auf seine Versetzung in den Ruhestand § 54 R.B.G. Anwendung; die „Bestimmung darüber, ob und zu welchem Zeitpunkte" seinem Antrage „auf Versetzung in den Ruhestand stattzugeben war", erfolgte durch die „oberste Reichsbehörde", als welche nach dem Verzeichnis der Reichsbehörden (Reichsges.-Bl. 1899 S. 731 I. Ziffer 4) „das Königlich Württembergische Kriegsministerium" anzusehen ist [1]).

Unberührt davon bleibt eine der Ernennung entsprechende Genehmigung durch den König [2]).

Die Bestimmung der obersten Kriegsbehörde über die Versetzung in den Ruhestand nach § 54 R.B.G. ist zweifellos die „Entscheidung einer Verwaltungsbehörde" „darüber", „ob und von welchem Zeitpunkt ab ein Reichsbeamter in den Ruhestand zu versetzen sei" im Sinne des § 155 R.B.G.

Diese Entscheidungen sind nach § 155 R.G.B. für die Beurteilung der vor dem Gericht geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüche maßgebend und es ist daher bei der Beurteilung des vom Kläger erhobenen solchen Anspruchs zu prüfen, ob im vorliegenden Fall Entscheidungen dieser Art getroffen worden sind, und welchen Inhalt sie haben.

Die Königlichen Entschließungen vom 10. August 1901 und vom 24. November 1901 sind Entscheidungen gleicher Art, aber entgegengesetzten Inhalts; die Entschließung vom 24. November entscheidet, daß M. trotz der vorangegangenen gegenteiligen Entscheidung vom 10. August nicht in den Ruhestand zu versetzen sei, indem sie die frühere Entscheidung aufhebt. Ob die frühere Entscheidung mit Recht aufgehoben war, oder nicht, kann hier dahingestellt bleiben, denn jeden-

1) Laband, § 44,2 S. 417 oben, § 52 II, Pieper, Anm. 7 zu § 54.

2) Zu vgl. auch § 54 R.B.G. letzter Satz für die Beamten welche eine kaiserliche Bestallung erhalten haben — höhere Reichsbehörden und Konsuln — sowie die bezeichnete Militärkonvention Art. 5 „Versetzung u. s. w."

falls liegt eine Entscheidung vor, die eine solche Aufhebung ausspricht und damit entscheidet, daß der Genannte nicht in den Ruhestand zu versetzen sei. Wegen dieses Inhalts muß die Entschließung vom 24. November 1901 als eine Entscheidung „darüber, ob ein Reichsbeamter in den Ruhestand zu versetzen sei" angesehen werden.

Es fragt sich weiter, ob die Entscheidung einer „Verwaltungsbehörde" mit diesem Inhalt vorliegt. Es wäre schon kaum denkbar und durch den Schluß vom Kleineren auf das Größere zurückgewiesen, daß eine Entschließung des Kriegsministeriums oder der Korpsintendantur, welche gemäß § 54 R.B.G. eine Entscheidung über Zuruhesetzung geben würde, nach § 155 R.B.G. für die Gerichte maßgebend wäre, eine Königliche Entschließung aber nicht. Auch der Wortlaut von § 155 R.B.G. trifft aber insofern bei solchen Entschließungen zu, als immer zugleich die Entscheidung der obersten Verwaltungsbehörde vorliegt, in Ermanglung einer selbständigen Entscheidung dieser Behörde mindestens vermöge der Gegenzeichnung des Kriegsministers. Die Gegenzeichnung des Ministers macht die Handlung des Staatsoberhauptes zur Regierungshandlung [1]), der Minister ist für diese Regierungshandlung staatsrechtlich verantwortlich und gilt also insoweit als deren Urheber vermöge der Gegenzeichnung; die Gegenzeichnung ist eine Willenserklärung des Ministers und das Gesamtergebnis, die Regierungshandlung, ist so zugleich eine Erklärung und Handlung, je nach dem Inhalt eine „Entscheidung" des Ministers.

Hienach ist die Entschließung vom 24. November 1901 zugleich eine Entscheidung des Kriegsministers oder, wenn die Bezeichnung als Behörde gewählt wird, des Königlich Württembergischen Kriegsministeriums, der obersten Verwal-

1) Gaupp, Württ. Staatsrecht § 19, 3 S. 71.

tungsbehörde im Sinn des § 155 R.B.G. Da die Entschließung zugleich, wie früher ausgeführt, eine Entscheidung darüber ist, ob ein Reichsbeamter in den Ruhestand zu versetzen sei, trifft § 155 R.B.G. zu.

Nach § 155 R.B.G. ist daher die Entschließung vom 24. November 1901 maßgebend für die Beurteilung des Anspruchs des Klägers, zunächst für die Beurteilung der Stellung, in welcher sich der Kläger in der Zeit vom 1. Dezember 1901 bis zu seiner Verurteilung vom 14. März 1902 und insbesondere zur Zeit der Rechtskraft dieses Urteils befand. Es war gemäß § 155 R.B.G. entschieden und steht für das Gericht fest, daß er nicht in den Ruhestand versetzt war (die geschaffene öffentlich rechtliche Lage ist maßgebend) [1]). Das von ihm noch bekleidete Amt hat er nur durch die strafgerichtliche Verurteilung verloren gemäß § 25 Abs. 2 St.G.B. und damit ist auch jeder Anspruch auf Bezahlung von Gehalt oder Pension weggefallen [2]). Die Klage ist daher abzuweisen.

Zu demselben Ergebnis würde auch ein näheres Eingehen auf die beiden Königlichen Entschließungen und die von ihnen geschaffene und angetroffene Rechtslage führen.

a) Vor der Entschließung vom 10. August 1901 hatte der Kläger keinenfalls einen mit Klage im Rechtsweg verfolgbaren Anspruch auf Versetzung in den Ruhestand oder gar auf Bezahlung einer Pension. Erst wenn die Voraussetzung erfüllt ist, daß der Beamte „in den Ruhestand versetzt wird", entsteht nach § 34 ein nach § 149 ff. R.B.G. im Rechtsweg verfolgbarer Anspruch. Wenn auch im R.B.G. in § 75 Ziff. 2 von Pensionsanspruch und in § 34a von „Anspruch auf Pension" die Rede ist, so ist jedenfalls kein im Rechtsweg verfolgbarer Anspruch gemeint [3]).

1) R.G. 12 S. 71.

2) Zu vgl. Pieper Anm. 13. zu § 75 R.B.G. und Anm. 4 zu § 78, ferner R.G. Bd. 38 S. 322, 323.

3) R.G. Bd. 47 S. 45; Bd. 44 S. 36 ff.; Laband Staatsrecht Bd. I. S. 496.

b) Es fragt sich weiter, ob für die Zeit vom 10. August 1901 bis 1. Dezember 1901 ein solcher Anspruch bestanden hat, namentlich ob am 10. Aug. ein solcher entstanden ist durch die Entschließung des Inhalts, daß M. zum 1. Dezember 1901 in den Ruhestand versetzt werde. Das Eintreten der Versetzung in den Ruhestand am 1. Dezember 1901 wäre zwar schon durch § 55 R.B.G. gegeben gewesen, ist aber in der Entschließung ausdrücklich bestimmt.

Wenn M. in der Zeit vom 10. Aug. bis 1. Dezember seine Dienstpflicht schwer verletzt hätte, so wäre es ohne Zweifel möglich gewesen, innerhalb dieses Zeitraums im Disziplinarverfahren die Dienstentlassung gegen ihn zu verfügen und ihm dadurch gemäß § 75 Ziff. 2 R.B.G. die Pension zu entziehen (§ 75 Z. 2 spricht, wie bemerkt, von einem Verluste des „Pensionsanspruchs" ohne daß damit ein durch Klage verfolgbarer Anspruch gemeint sein könnte). Ebenso hätte der Kläger, wenn seine strafgerichtliche Verurteilung gemäß § 35 St.G.B. vor dem 1. Dezember erfolgt wäre, nicht etwa Amt und Gehalt nur bis zum 1. Dezember 1901 verloren und wäre von dort an in den vorausbestimmten Pensionsstand eingetreten, sondern die Versetzung in den Ruhestand wäre dann überhaupt nicht erfolgt.

Es liegt also auch für diesen Zeitraum vom 10. August bis 1. Dezember noch kein fester im Rechtsweg ohne weiteres verfolgbarer nur etwa befristeter Anspruch vor, sondern ein derartiger Anspruch wäre jedenfalls nur ein bedingter und es würde sich fragen, durch was er bedingt wäre und ob die Bedingung in der Folge erfüllt worden ist. Mindestens wäre der Anspruch dadurch bedingt, daß nicht eine gegenteilige Disziplinarentscheidung oder strafrichterliche Entscheidung in der Zwischenzeit bis zum 1. Dezember 1901 ergehen würde. Ueberhaupt aber hat die vorgesetzte Behörde bis dahin noch immer die Dienstgewalt über den Beamten. Eine Beschränkung der Dienstgewalt für die fragliche Zeit ist im Gesetz nicht vorgesehen und im allgemeinen hat die vorgesetzte Behörde darüber zu entscheiden, ob und

von welchem Zeitpunkt ab (bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen) der Beamte in den Ruhestand versetzt werden soll. Auch die Berichtigung eines etwaigen Irrtums oder eine Aenderung infolge arglistiger Täuschung kann für die Zeit, in der die Dienstgewalt noch fortdauert, in Betracht kommen. Dies spricht dafür, daß der etwaige Rechtsanspruch auf Pension für die fragliche Zeit dadurch bedingt wäre, daß in derselben Zeit keine gegenteilige Verfügung der vorgesetzten Stellen oder der Disziplinarbehörde oder des Strafrichters erfolgt. Es fehlt aber auch an jeder gesetzlichen Bestimmung über ein gerichtliches Verfahren und über Anhaltspunkte für ein solches Verfahren zur Entscheidung über die hiebei auftauchenden Streitfragen, darüber, ob solche Bedingungen vorliegen und ob sie eingetreten sind, ob von einander abweichende Entscheidungen der vorgesetzten Stellen begründet, aufzuheben oder für unwirksam zu erklären sind. Vielmehr ist als Anhaltspunkt für die gerichtliche Verfolgung eines Pensionsanspruchs § 34 R.B.G. gegeben, welcher voraussetzt, daß die Versetzung in den Ruhestand eingetreten ist, und der § 155 R.B.G., dessen Sinn und Zweck durch diese Verhältnisse klar gelegt wird, bestimmt, daß die Entscheidung der vorgesetzten Stelle für das gerichtliche Verfahren maßgebend sein solle.

Es ist also anzunehmen, daß vor dem 1. Dezember 1901 ein mit Klage verfolgbarer Anspruch auf Pension nicht vorlag. Dagegen erging am 24. November 1901 eine Entscheidung der vorgesetzten Stelle dahin, daß M. nicht ab 1. Dezember in den Ruhestand treten solle. Dieser Entscheidung widerstreitet kein durch Klage verfolgbarer Anspruch.

c) Am 1. Dezember 1901 wurde der Kläger nicht durch die vorgesetzte Behörde in den Ruhestand versetzt: da gegenüber der Entschließung vom 10. August diejenige vom 24. November vorliegt, kann eine solche Versetzung in den Ruhestand nicht angenommen werden. Auch in diesem Zeitpunkte waren die Voraussetzungen des § 34 R.B.G. nicht gegeben, insbesondere können sie nicht auf Grund eines vorher ent-

standenen klagbaren Anspruchs gegenüber der Entscheidung vom 24. November im Weg der Klage hergestellt werden.

Auch am 1. Dezember 1901 ist so ein durch Klage verfolgbarer Pensionsanspruch des Klägers nicht entstanden, eine spätere Entstehung kommt nicht in Frage und es ergibt sich, daß überhaupt niemals ein solcher Anspruch entstanden ist.

Urteil des I. Civilsenats vom 6. März 1903 i. S. Reichsmilitärfiskus gegen Merz.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

26.

1. Voraussetzungen des Erwerbs eines Musterschutzes durch eine Person, die im Ausland ihre Handelsniederlassung, im Inland eine Zweigniederlassung hat.

2. Zur Auslegung der Art. 1 u. 5 des Uebereinkommens zwischen Deutschland und Oesterreich-Ungarn über den gegenseitigen Patent- Muster- und Markenschutz vom 6. Dezember 1891.

Für die Klin sind in dem Musterregister des Amtsgerichts Leipzig zufolge Antrags vom 11. November 1901 am 17. d. M. unter der Nummer 5611 drei Muster von Flaschenkühlern als Muster für plastische Erzeugnisse mit einer Schutzfrist von zehn Jahren eingetragen worden: die Hauptniederlassung der Klin befindet sich in Berndorf in Niederösterreich, wo ausschließlich die Warenfabrikation stattfindet und auch die nach dem Muster Nr. 5611 hergestellten Flaschenkühler angefertigt sind. Die Klin besitzt in Berlin eine seit 11. Nov. 1890 dort in das Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung, welche die Centrale des ganzen Warengeschäftes im deutschen Reiche bildet und von wo aus andere in diesem Gebiete bestehende Vertretungen geleitet werden. — Die genannten Muster sind für die Klin auch in Oesterreich registriert. Eine gegen die Bekl. wegen Verletzung

des der Klin zustehenden Musterschutzes erhobene Klage ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Bevor in die Prüfung der Frage eingetreten werden kann, ob Bekl. sich eine Nachbildung des Musters habe zu Schulden kommen lassen, welches auf Grund des Reichsges. vom 11. Jan. 1876 für Klin im Musterregister des Amtsgerichts Leipzig eingetragen ist, mußte feststehen, daß durch diese Eintragung Klin den in dem genannten Gesetze bestimmten Schutz überhaupt erworben hat.

Hiezu ist, auch soweit zwischen dem deutschen Reiche und anderen Staaten den Musterschutz betreffende Verträge geschlossen sind, erforderlich, daß die Angehörigen der fremden Staaten die durch das deutsche Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten erfüllen.

Nach § 7 des Gesetzes vom 11. Januar 1876 genießt der Urheber eines Musters den Schutz gegen Nachbildung nur dann, wenn er dasselbe zur Eintragung in das Musterregister angemeldet, und ein Exemplar oder eine Abbildung des Musters bei der mit der Führung des Musterregisters beauftragten Behörde niedergelegt hat. Jede Anmeldung, welche bei einer gesetzlich nicht zuständigen Behörde erfolgt ist, ist rechtlich wirkungslos [1]). Nach § 9 Abs. 2 hat der Urheber die Anmeldung und Niederlegung des Musters bei der Gerichtsbehörde seiner Hauptniederlassung, und falls er eine eingetragene Firma nicht besitzt, bei der Gerichtsbehörde seines Wohnorts zu bewirken, während nach Abs. 3 Urheber, welche im Inlande weder eine Niederlassung noch einen Wohnsitz haben, die Anmeldung und Niederlegung bei dem Handelsgericht in Leipzig bewirken müssen. Hieraus wird, worauf auch der Wortlaut des Gesetzes insofern hinweist als in Abs. 2 von Hauptniederlassung, in Abs. 3 allgemein von Niederlassung die Rede ist, mit Recht gefolgert, daß, wenn ein Urheber im Inlande auch nur eine eingetragene

1) Dambach Komm. S. 62; Gierke Deutsches Privatrecht § 92 Anm. 26.

Zweigniederlassung hat, das für die Eintragung des Musters zuständige Gericht dasjenige dieser Zweigniederlassung ist[1]).

Die Hauptniederlassung der Klin liegt in Oesterreich, dagegen ist außer Streit, daß sie auch eine seit 1890 im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung in Berlin besitzt. Daß diese die für den handelsrechtlichen Begriff der Zweigniederlassung erforderliche Selbständigkeit besitzt[2]), unterliegt keinem Zweifel, sofern sie den Mittelpunkt für den Absatz der Fabrikate der Klin im deutschen Reiche bildet und die Leitung der an anderen Orten dieses Gebiets bestellten Vertretungen der klischen Firma in der Hand hat. Daraus folgt, daß das streitige Muster bei dem Amtsgericht Berlin angemeldet und eingetragen werden mußte und durch Anmeldung und Eintragung in Leipzig gesetzlichen Schutz nicht erlangt hat.

Aber auch abgesehen hievon können die nach dem Muster von der Klin hergestellten Erzeugnisse um deswillen Schutz gegen Nachbildung nicht beanspruchen, weil sie nur in Oesterreich verfertigt werden. Das Gesetz vom 11. Januar 1876 findet nach § 16 auf Muster inländischer und ausländischer Urheber nur Anwendung, sofern die danach hergestellten Erzeugnisse im Inlande verfertigt sind. Für die Annahme, daß durch das Uebereinkommen zwischen dem deutschen Reich und Oesterreich Ungarn vom 6. Dezember 1891 jener Grundsatz insofern aufgegeben sei, als dem Inland österreichisch-ungarisches Gebiet gleichgestellt wäre, fehlt es an ausreichenden Anhaltspunkten.

Wenn nach Art. 1 dieses Staatsvertrags die beiderseitigen Angehörigen in Beziehung auf den Schutz von Erfindungen, Mustern und Modellen, Handels- und Fabrikmarken, Firmen und Namen einander gleichgestellt, also die Angehörigen des einen Teiles hinsichtlich der Erlangung der Rechte aus den einschlägigen Gesetzen in dem Gebiete des andern Teiles wie die Angehörigen des letzteren zu behandeln sind,

1) Dambach a. a. O. S. 62; R.G. 41 S. 82.
2) R.O.H.G. 14 S. 401 ff.

so folgt hieraus jedenfalls für die öster. Angehörigen der Wegfall des weiteren in § 16 Abs. 2 des deutschen Gesetzes gegenüber Ausländern aufgestellten Erfordernisses des Besitzes der gewerblichen Niederlassungen im deutschen Reiche; hierauf wird der den österr. Angehörigen durch den Staatsvertrag gewährte Vorzug insbesondere von Gierke[1]) beschränkt erachtet. Ist auch in der dem Uebereinkommen beigegebenen österr.-ungarischen Begründung (Patentblatt von 1892 S. 266) als dessen Zweck die Herbeiführung eines über die bis dahin bestandene und nun in Art. 1 zum Ausdruck gebrachte formelle Gegenseitigkeit hinausgehenden gegenseitigen Schutzes bezeichnet, so wird doch in der deutschen Denkschrift[2]) betont, daß die Vorschriften der bestehenden Gesetze in Geltung bleiben, soweit der Staatsvertrag nicht im Einzelnen Abweichendes bestimme. Wie nun nach dem deutschen Gesetze § 16 die Herstellung von Erzeugnissen nach dem eingetragenen Muster im Inland Voraussetzung der Begründung des Schutzrechts ist[3]), so fordert auch das österr. Gesetz vom 7. Dezember 1858 in § 9 Anwendung des registrierten Musters im Inland; daneben statuiert das letztere Gesetz einen dem deutschen Gesetze unbekannten Zwang zur Benützung des Musters innerhalb eines Jahres unter der Androhung des Erlöschens des Rechtsschutzes im Fall der Nichtbenützung (§ 11 lit a). Wenn daselbst (lit b) dieselbe Wirkung an die Einführung nach dem Muster im Ausland gefertigter Waren geknüpft wird, so stimmt hiemit das deutsche Gesetz insofern überein, als sich dieselbe Folge aus dem Grundsatz des § 16 ergibt. Nur gegen diese Folge aber richtet sich, wie der Wortlaut der Bestimmung und die Denkschriften der vertragschließenden Teile zeigen, der Art. 5 des Uebereinkommens, wonach die Einfuhr einer in den Gebieten des einen Teiles hergestellten Waren in die Gebiete des anderen

1) a. a. O. § 92 Anm. 17.

2) Stenograph. Berichte des Reichstages 1. Session 1890/92; Anlagenbd. 5 S. 3507 ff.

3) R.G. 41 S. 81.

Teiles in den letzteren den Verlust des auf Grund einer Erfindung, eines Musters oder Modells für die Waren gewährten Schutzrechtes nicht zur Folge haben soll. Daß hiemit auch die Forderung der Herstellung der Erzeugnisse im Inland, sofern letztere, wie nach dem deutschen Gesetze, die Voraussetzung der Begründung des Rechtsschutzes bildet, habe beseitigt werden sollen, läßt sich nicht erkennen. In der österr. Begründung ist der Fortbestand der Pflicht zur Benützung des Musters im Inland ausdrücklich festgestellt; ihr Wegfall würde sich auch nicht aus dem daselbst angeführten Art. 5 (Abs. 2) des Unionvertrags ergeben. In der deutschen Denkschrift wird dem Art. 5 gerade nur gegenüber § 11 lit b des österr. Gesetzes Bedeutung beigelegt. Im übrigen ist für die vorliegende Frage dem Uebereinkommen nichts zu entnehmen, insbesondere aus dem weiteren Entgegenkommen der deutschen Regierung bezüglich des Gebrauchsmusterschutzes nichts zu schließen. Es ist hienach anzunehmen, daß auch gegenwärtig die Herstellung der Erzeugnisse nach dem eingetragenen Muster in dem Gebiete des einen vertragschließenden Teiles Bedingung der Gewährung seines Schutzes gegenüber den Angehörigen des anderen Teiles bildet und nicht etwa für diese zu bilden aufgehört hat. Eine Preisgebung des Schutzes des nationalen Fabrikates in dem Sinne, daß allgemein die Benützung eines eingetragenen Musters in dem einen Gebiete als denjenigen in dem andern Gebiete gleichwertig zu gelten habe läßt sich nicht nachweisen.

Urteil des II. Civilsenats vom 18. Mai 1903 i. S. Berndorfer Metallwarenfabrik gegen Metallindustrie Göppingen.

27.

Privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Weggerechtigkeit?

Die klagende Gemeinde hat behauptet: an einem über die den Beklagten F. u. T. gehörigen Grundstücke Parz.

$\frac{485}{2}$ und $\frac{485}{1}$ und entlang dem dem Bekl. H. gehörigen Grundstück Parz. 484 in R. führenden, etwa 40 cm breiten Staffelaufgang, der die unten im Tal führende Straße nach St. mit dem oben am Berg dahin führenden Fußweg verbindet, stehe ihr für die Eigentümer der im sog. hintern Dorf in R. gelegenen Grundstücke und die Bewohner der Häuser dieser Eigentümer eine privatrechtliche Wegdienstbarkeit zu. Auf Feststellung dieses — auf unvordenkliche Verjährung und auch auf außerordentliche Ersitzung — gestützten Dienstbarkeitsrechts gegenüber den Bekl. war die erhobene Klage gerichtet. Die Bekln. haben bestritten, daß ihre Grundstücke mit einer Wegdienstbarkeit belastet seien.

Im Berufungsverfahren ist die Klage abgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

Klin. behauptet, es stehe ihr ein privatrechtliches dingliches Wegrecht an den in der Klage bezeichneten Grundstücken der Bekl. zu für gewisse Grundstückseigentümer und Hausbewohner. Es fragt sich nun vor allem, ob sich aus den von der Klin. behaupteten Tatsachen, soweit sie überhaupt in Betracht kommen, entnehmen läßt, daß der Klin. eine privatrechtliche Dienstbarkeit der beanspruchten Art zusteht, ob nicht diese Tatsachen mindestens ebenso sehr auf eine der Klin. zustehende öffentlichrechtliche Wegdienstbarkeit hinweisen würden. Dabei handelt es sich nicht etwa um die Zulässigkeit des Rechtswegs; denn der den Streitgegenstand bildende Anspruch auf eine privatrechtliche Wegdienstbarkeit ist ohne Frage privatrechtlicher Natur, der Rechtsweg vor dem Civilrichter daher für ihn ausschließlich zulässig. Aber möglicherweise ist nach Lage der Sache zu sagen, der Klin. sei der Beweis nicht gelungen, daß ihr der behauptete Anspruch zustehe, weil die hiefür angeführten Tatsachen auch eine andere Erklärung zulassen, nämlich die, daß ihr nicht der behauptete Anspruch, sondern (vielleicht) ein anderer, ähnlicher, aber im öffentlichen Recht wur-

zelnder Anspruch zusteht [1]).

Eine privatrechtliche Wegdienstbarkeit der beanspruchten Art mag möglich sein; außer Frage ist aber, daß vielfach, insbesondere in Württemberg, öffentliche Wege in der Form öffentlich-rechtlicher Wegdienstbarkeiten vorkommen, d. h. in der Weise, daß der Grund und Boden des Wegs im Privateigentum eines einzelnen steht, aber dem Eigentümer die dingliche Last der Duldung eines öffentlichen Wegs obliegt; für Entstehung, Endigung und Inhalt eines derartigen Wegrechts sind die Grundsätze des öffentlichen Rechts maßgebend und ebenso für die Frage, wer das dienstbarkeitsberechtigte Subjekt und demgemäß zur gerichtlichen Verfolgung des Rechts befugt ist [2]).

Wenn Klin. erklärt hat: der Staffelaufgang sei kein öffentlicher Weg, so hat sie damit allem Anschein nach nur zugeben wollen, daß der Grund und Boden des Staffelaufgangs im Eigentum der Bekl. stehe; hätte sie damit aber auch sagen wollen, das Bestehen einer öffentlich rechtlichen Wegdienstbarkeit sei ausgeschlossen, so würde dies doch das Gericht nicht der Prüfung entheben, ob aus den zur Klagbegründung aufgestellten Behauptungen das behauptete (Privat-) Recht folgt.

Die Entstehung des beanspruchten Rechts liegt im dunkeln; aus ihr läßt sich nicht entnehmen, daß das Dienstbarkeitsrecht der Klin., falls es überhaupt besteht, privatrechtlicher Natur ist. Erwerb des Rechts durch Ersitzung, die

1) Vgl. W.J.B. Bd. 2 S. 194—195.

2) Vgl. Göz, Verwaltungsrechtspflege § 36 V S. 399; W.A. Bd. 5 S. 430 Nr. XXXIII; S. 435 Nr. XL; Bd. 15 S. 248—49 Anm. 1, S. 259—60; 261 ff; 304—6 und zahlreiche neuere Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs, so neuestens vom 8. Oktober 1902 i. S. Merkle g. Stadtgemeinde Giengen; Motive, und Kommissionsbericht zu Art. 10 Ziff. 21 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 16. Dez. 1876 (bei Hohl S. 52, 138); R.G. 6 S. 207; G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts Bd. 1 § 162; Sarwey, Das öffentl. Recht S. 377; O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 2 § 40 S. 167, 171.

nur für eine privatrechtliche Dienstbarkeit in Frage kommen könnte[1]), würde voraussetzen, daß die den Staffelaufgang Begehenden ihn begangen haben in der Meinung und Absicht, eine der Gemeinde zustehende privatrechtliche Dienstbarkeit auszuüben. Davon ist natürlich keine Rede, die Zeugen haben auch etwas derartiges nicht angegeben, mutmaßlich haben sie den Weg eben als einen der öffentlichen Benützung — wenigstens gewisser Kreise — freistehenden benützt, ohne sich Gedanken über die Natur und das Subjekt des betreffenden Rechts zu machen, in gleicher Weise, wie man regelmäßig einen Fußweg begeht. Erwerb einer privatrechtlichen Dienstbarkeit durch Ersitzung hat also Klin. nicht dargetan. Die unvordenkliche Verjährung aber findet so gut bei öffentlichrechtlichen wie bei privatrechtlichen Verhältnissen Anwendung. Der Umstand, daß der Weg (angeblich) seit unvordenklicher Zeit als solcher benützt worden ist, läßt daher einen Schluß auf die privatrechtliche Natur des (etwaigen) Wegrechts nicht zu. Die Zeugen haben übereinstimmend angegeben, alle Einwohner von R., nicht bloß die des hintern (oder untern) Dorfs — wenn auch letztere vorwiegend — haben den fraglichen Weg benützt, ferner auch diejenigen Einwohner von S., die in der dortigen Gegend Grundstücke besitzen. Das scheint darauf hinzudeuten, daß der Weg als ein dem allgemeinen Gebrauch (mindestens der Ortseinwohner von R.) offenstehender, also eben als ein öffentlicher Weg angesehen worden ist, daß die Begehenden annahmen, sie dürfen ihn in gleicher Weise benützen, wie sonstige öffentliche Fußwege ihrer Markung, kraft des ihnen als Gemeindemitgliedern zustehenden Rechts, nicht kraft eines Privatrechts der Gemeinde. Ein solches Privatrecht der Gemeinde für gewisse Grundstückseigentümer und die Bewohner gewisser Häuser, wie es die Klage behauptet, ist — von der Frage, abgesehen, ob eine genügend bestimmte feste Abgrenzung dieses angeblichen Rechts möglich wäre — begrifflich schwer vorzustellen; näher dürfte die Annahme

1) Göz a. a. O.



liegen, die Gemeinde sei als Markungsinhaberin berechtigt, den Bekl. gegenüber den fraglichen Weg als einen dem Verkehr oder den landwirtschaftlichen Zwecken ihrer Angehörigen dienenden öffentlichen Weg zu beanspruchen, falls überhaupt auf Grund unvordenklicher Verjährung eine Wegdienstbarkeit als bestehend zu erachten ist.

Würde es sich um eine privatrechtliche Wegdienstbarkeit handeln, so wäre es schwierig, die Frage zu verneinen, ob nicht diese Dienstbarkeit bezüglich der Parzelle $\frac{485}{1}$ dadurch untergegangen ist, daß die Klin von 1874—77 Eigentümerin dieser Parzelle war[1]). Eine öffentlich-rechtliche Wegdienstbarkeit dagegen wird eher den Uebergang des Grundstücks, an dem sie besteht, in das Eigentum der Markungsinhaberin überdauern können (sofern die Verpflichtung der Gemeinde, den Weg, solang er nicht als entbehrlich abgeschafft ist — vgl. Art. 10 Ziff. 21 des Verw.-Rechtspflegegesetzes —, zu erhalten, trotz des Erwerbs des Eigentums an dem betreffenden Grundstück fortbestehen dürfte und nur der Weg vielleicht jetzt ein öffentlicher Weg im gewöhnlichen Sinn wird, d. h. ein solcher, der dem öffentlichen Verkehr dient, dessen Fläche aber im Eigentum der Gemeinde steht).

(Nach Erörterung einiger weiterer gegen die privatrechtliche Natur der Weggerechtigkeit sprechenden Umstände fahren die Gründe fort:)

Das Ergebnis der bisherigen Erörterung ist: soweit Umstände vorliegen, die dafür sprechen, daß die in Rede stehenden Grundstücke mit einer Wegdienstbarkeit belastet sind, weist der Sachverhalt mindestens ebenso sehr auf die Belastung mit einer öffentlich-rechtlichen als auf die Belastung mit einer privatrechtlichen Dienstbarkeit hin, während andererseits gewisse Tatsachen gegen das Bestehen der behaupteten privatrechtlichen Dienstbarkeit sprechen. Hienach ist der der Klin obliegende Beweis dafür, daß ihr die behauptete Dienstbarkeit zusteht, nicht erbracht und die Klage war demgemäß

1) Vgl. z. B. R.G. bei Seuffert 56 Nr. 151.

unter Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

Urteil des I. Civilsenats vom 31. Oktober 1902 i. S. Frick u. Gen. gegen Rohracker.

28.

Wann ist eine Quelle ein Privatgewässer?

Hierüber sagen die

Gründe

eines Berufungsurteils:

Da die Parteien übereinstimmend von der Ansicht ausgehen, die Quelle, die den Gegenstand des Rechtsstreits bildet, sei ein Privatgewässer, besteht kein Streit über die Frage, ob der Quelle die Eigenschaft eines öffentlichen Wassers zukomme, es ist daher für den vorliegenden Rechtsstreit nicht gemäß Art. 10 Ziffer 24 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte begründet.

Trotzdem ist von Amtswegen zu prüfen, ob nicht die Quelle ein öffentliches Gewässer ist, denn wäre sie es, so könnte nach Art. 1 Abs. 3 des Wassergesetzes vom 1. Dezember 1900 dem Kläger an ihr nicht die beanspruchte privatrechtliche Dienstbarkeit sondern nur ein dem öffentlichen Recht angehöriges Nutzungsrecht zustehen, die erhobene Klage wäre daher unbegründet.

In Wirklichkeit stellt sich aber die Quelle als ein Privatgewässer dar. Oeffentliche Gewässer sind nach Art. 1 Abs. 1 des Wassergesetzes „die in natürlichem oder künstlichem Bett ständig fließenden Gewässer", hiezu gehören nach Art. 2 Abs. 2 Ziffer 1 nicht Quellen, falls sie „nicht mit solcher Mächtigkeit hervorbrechen, daß ihr Ablauf sofort einen in einem Bette ständig fließenden Wasserlauf bildet". Hieraus ist zu entnehmen, daß eine Quelle ein öffentliches Gewässer nur darstellen soll, wenn ihr eine solche Wassermenge entströmt, daß diese sich vom Ursprung der Quelle an ein bestimmtes Gerinne mit Sohle und Ufern gebildet hat oder

gebildet hätte, falls das Wasser nicht in ein künstliches Rinnsal eingefangen worden wäre. Von einer derartigen „Mächtigkeit" kann aber bei einer Quelle, wie der in Frage stehenden, keine Rede sein, die in der Sekunde nur etwa 5 Liter Wasser gibt. Ihr Rinnsal ist daher auch nicht als ein (künstliches) „Bett" i. S. des Wassergesetzes anzusehen, sondern eben als ein (künstlicher) Graben: vgl. die Motive zu Art. I des Wassergesetzes[1]), wonach ein „Bett" nur vorhanden ist, wenn das Gerinne eines Gewässers „wenigstens einige räumliche Ausdehnung und Selbständigkeit gegenüber den anstoßenden Grundflächen besitzt, so daß diese durch das Gerinne als einigermaßen von einander getrennt erscheinen".

Urteil des I. Civilsenats vom 29. Mai 1903 i. S. Obertürkheim g. Ulmer.

29.

Voraussetzungen des Schutzes im Besitz einer Grunddienstbarkeit (Art. 191 Abs. 2 E.G.B.G.B.)

Die Kl. haben wegen Störung durch den Bekl. Schutz im Besitz einer angeblich ihnen zustehenden, noch unter der Herrschaft des alten Rechts durch Ersitzung erworbenen, im Grundbuch nicht eingetragenen Wegdienstbarkeit verlangt, indem sie geltend machen, sie haben schon seit Menschengedenken, jedenfalls aber in den letzten drei Jahren vor der Störung das jetzt dem Bekl. gehörige Grundstück und zwar einen an dessen nordöstlichen Rand entlang laufenden, 3 m breiten Streifen als Weg zu ihren Grundstücken benützt. Der Bekl. bestreitet die Ausübung des behaupteten Ueberfahrtsrechts und macht insbesondere geltend, soweit die Kl. über sein Grundstück gefahren seien, sei dies nicht in der Absicht, eine Dienstbarkeit auszuüben, geschehen. Die Klage ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden.

Gründe:

Nach ihrer ausdrücklichen Erklärung beschränken die Kl.

---

1) bei Haller; Wassergef. Anm. 1 zu Art. 1.

ihre Klage auf den Schutz im **Besitze** der nach ihrer Behauptung ihnen zustehenden Grunddienstbarkeit. Sie wollen also eine Besitzklage, nicht die Klage aus dem Recht angestellt haben. Für diesen Anspruch ist gemäß Art. 191 Abs. 2 E.G. z. B.G.B. das Recht des B.G.B. maßgebend, da die angebliche, unbestritten nicht in das Grundbuch eingetragene Grunddienstbarkeit nach der Behauptung der Kl. schon vor dem Inkrafttreten des B.G.B. bestanden haben soll, in Württemberg das Grundbuch seit 1. Januar 1900 als angelegt gilt und das württ. A.G. z. B.G.B. von der Ermächtigung des Art. 187 Abs. 2 E.G. z. B.G.B. keinen Gebrauch gemacht hat. Der für das behauptete Ueberfahrts- oder Wegrecht begehrte Besitzschutz ist gemäß Art. 191 Abs. 2 Satz 2 dann begründet, wenn diese Dienstbarkeit in jedem der drei letzten Jahre vor der Störung mindestens einmal ausgeübt worden ist.

Es ist also eine Ausübung der **Dienstbarkeit** erforderlich und es genügt somit nicht jede Ausübungshandlung, sondern es ist eine Ausübung mit dem Willen, eine Dienstbarkeit auszuüben, wie ein Dienstbarkeitsberechtigter zu handeln, notwendig. Damit ist jedoch nicht etwa verlangt der Wille, die Herrschaft als eine rechtlich begründete, als ein Recht auszuüben, sondern nur entsprechend dem Begriff des Besitzes der Wille, überhaupt eine Herrschaft auszuüben. Wer z. B. regelmäßig über das anstoßende fremde Grundstück geht, obwohl er weiß, daß er hiezu kein Recht hat, aber in der Absicht, sich hierin von dem Nachbar nicht stören zu lassen, hat zwar nicht den Willen ein Recht, aber den Willen, eine (tatsächliche) Herrschaft an dem fremden Grundstück, eine Dienstbarkeit auszuüben. Dagegen hat einen solchen Willen derjenige nicht, welcher z. B. vergünstigungsweise ein fremdes Grundstück als Zufahrt benützt; hier fehlt bei seinen Ausübungshandlungen der Wille, eine Herrschaft über das fremde Grundstück auszuüben. So sagt auch Dernburg[1]) in Beziehung

1) Bürgerl. Recht Bd. III § 175 Ziff. 1 zu § 1029 des B.G.B.

auf den Besitzschutz gegen Störung in der Ausübung einer Dienstbarkeit: „es muß sich um die Ausübung einer Dienstbarkeit gehandelt haben. Eine Ausübung, die bloß vergünstigungsweise vom Eigentümer gestattet wurde, kann nicht hieher zählen". Und bei Windscheid-Kipp[1]) wird ebenfalls zu § 1029 B.G.B. bemerkt: „Ausübung einer Dienstbarkeit kann man es nicht nennen, wenn der Handelnde nicht den Willen hatte, wie ein Berechtigter zu handeln". Beide Schriftsteller versagen also bei einer im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeit den Besitzschutz des § 1029, wenn der Ausübende bei seiner Handlung nicht den Willen hatte, eine Dienstbarkeit auszuüben, weil sie für die Gewährung des Besitzschutzes verlangen, daß die Ausübungshandlung mit dem Willen, eine Dienstbarkeit auszuüben, geschehen sein müsse. Diese Auffassung kann umso unbedenklicher auf den durchaus gleichliegenden Fall einer nicht im Grundbuch eingetragenen, der Vorschrift des Art. 191 Abs. 2 unterstellten Dienstbarkeit übertragen werden, als sie sich nach dem Bemerkten aus dem Wesen des Rechtsbesitzes mit Notwendigkeit ergibt.

Es ist also im vorliegenden Fall zu erfordern, daß die Kl. die Ueberfahrt über das jetzt dem Bekl. gehörige Grundstück in der Absicht, eine Dienstbarkeit auszuüben, vorgenommen haben. Dieses Erfordernis wird in der Mehrzahl der Fälle schon dann gegeben sein, wenn eine Anzahl von Handlungen, welche nach ihrer äußeren Erscheinung in den Rahmen der fraglichen Dienstbarkeit fallen, nachgewiesen sind, ohne daß hinsichtlich der Ausübungsabsicht besondere Umstände vorliegen. So wird z. B. die Absicht, eine Dienstbarkeit auszuüben, ohne Weiteres anzunehmen sein, wenn A. nachweist, daß er die Zufahrt zu seinem Grundstück regelmäßig über das Grundstück seines Nachbars B. genommen hat. Dagegen ist dieser Wille, eine Grunddienstbarkeit auszuüben, zu verneinen, wenn das Grundstück über das die Zufahrt genommen wird, im öffentlichen Eigentum steht, der

1) Bd. I zu § 164 S. 747.

allgemeinen Benützung freigegeben und anzunehmen ist, daß die Benützung des Grundstücks zur Ueberfahrt lediglich deshalb erfolgte, weil sie jedermann und so auch dem Benützenden freistand. In diesem Fall liegt die Absicht, eine Dienstbarkeit auszuüben, nicht vor. Hier will der Handelnde nicht wie ein Berechtigter handeln; er will nicht eine Herrschaft über das Grundstück, nicht einen Besitz ausüben, sondern er macht nur von einer jedermann und auch ihm freistehenden Gestattung Gebrauch[1]).

Vorliegend ist anzunehmen, daß die Kl., soweit sie das jetzt dem Bekl. gehörige Grundstück als Zufahrt zu ihren Grundstücken benützt haben, dies nicht in der Absicht, eine Ueberfahrtsgerechtigkeit auszuüben, sondern lediglich unter Gebrauchmachen von der jedermann zugestandenen beliebigen Benützung des in der maßgebenden Zeit im öffentlichen Eigentum gestandenen Grundstücks getan haben. Zum mindesten aber haben sie den Nachweis nicht erbracht, daß sie die Ueberfahrt in der Absicht, ein Ueberfahrtsrecht auszuüben, vorgenommen haben. Daß das jetzige Grundstück des Bekl. bis kurz vor Prozeßbeginn in dem Eigentum der Gemeinde stand, ist außer Streit. Des Weiteren ergibt sich aus den Zeugenaussagen, daß dasselbe von den Gemeindeangehörigen beliebig und zu den verschiedensten Zwecken benützt wurde und benützt werden durfte. Wenn nun auch der Umstand, daß das benützte Grundstück ein öffentliches, jedermann zugängliches und zur beliebigen Benützung freistehendes Grundstück war, bei einer bestimmten Benützung den Willen, ein privates Recht auszuüben, nicht ohne weiteres ausschließt, so ist dieser Umstand doch geeignet, die Annahme einer solchen Absicht in Zweifel zu setzen. Vorliegend werden diese Zweifel verstärkt durch die unbestrittene Tatsache, daß nach dem sog. Luckenbuch die Klr. zu ihren Grundstücken eine anderweitige Zufahrt, und zwar von der dem Grundstück des

1) Vgl. auch für das gemeine Recht Seuff. Arch. 34 Nr. 91, 35 Nr. 5, für das preuß. Recht Förster-Eccius preuß. Pr.R. III § 160 Note 91.

Bekl. entgegengesetzten Seite her haben und daß diese Zufahrt auch noch in dem späteren Servitutenbuch, welches einen Teil des jetzigen Grundbuchs bildet, für zwei der Kl. bei ihren Grundstücken eingetragen, für die übrigen im Eingang dieses Buchs allgemein vorgemerkt ist. Wenn die Kl. keine andere als die über das Grundstück des Bekl. beanspruchte Zufahrt hätten, könnte viel eher bei ihrer Benützung des bekl. Grundstücks an die Absicht der Ausübung einer Dienstbarkeit gedacht werden, während bei dem Bestehen einer anderweitigen Zufahrt, welche in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, die Wahrscheinlichkeit bei Benützung der streitigen nicht in die öffentlichen Bücher eingetragenen Zufahrt gegen eine hiebei vorhandene Absicht, eine Dienstbarkeit auszuüben, spricht. Endlich fällt gegen die Annahme einer solchen Absicht der von einer Reihe von Zeugen angegebene Umstand in das Gewicht, daß die Ueberfahrt über das Grundstück des Bekl. nicht in einer bestimmten Richtung, sondern in beliebiger Richtung, kreuz und quer, wie ein Zeuge sagt, erfolgt ist. Eine solche beliebige Art und Weise der Ausübung der Ueberfahrt spricht nicht für ein Recht auf einen bestimmten Weg wie ihn die Kl. beanspruchen, und damit gegen eine Ausübung in der Absicht, eine Wegdienstbarkeit auszuüben. Nimmt man alle diese Umstände zusammen, so kann jedenfalls nicht gesagt werden, daß die Kl., wie ihnen obliegt, dargetan haben, daß sie bei ihrer Benützung des Grundstücks des Bekln. zur Ueberfahrt zu ihren Grundstücken in der Absicht, eine Dienstbarkeit auszuüben, gehandelt haben.

Urteil des I. Civilsenats vom 30. Januar 1903 i, S. Ulmer g. Maier u. Gen.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

30.

Verpflichtung des Ehemanns, der mit ihm in landrechtlicher Errungenschaftsgemeinschaft lebenden Ehefrau zur Führung eines Rechtsstreits gegen ihn die Prozeß-

kosten vorzuschießen. Zulässigkeit einer diese Verpflichtung aussprechenden einstweiligen Verfügung.

Hierüber sagen die

G r ü n d e

eines Berufungsurteils:

Maßgebend für die Beurteilung der Frage, ob der Ehemann verpflichtet sei, seiner Ehefrau die zur Führung eines Rechtsstreits, namentlich auch des Scheidungsprozesses, erforderlichen Prozeßkosten vorschußweise zu gewähren, ist der unter den Ehegatten herrschende Güterstand. Leben die Gatten in Gütertrennung, so kann von einer Kostenvorschußpflicht des Ehemanns keine Rede sein. Dagegen trifft nach den Bestimmungen des B.G.B. — §§ 1387 Ziff. 1; 1460 Abs. 2; 1529; 1549 — beim gesetzlichen Güterstand, wie bei den vertragsmäßigen Güterständen der Allgem.-Gütergemeinschaft, der Errungenschafts- und der Fahrnisgemeinschaft den Ehemann die Verpflichtung, der Ehefrau auf ihr Verlangen und unter der Voraussetzung, daß sie nicht hinreichend freies Vermögen besitzt und der Prozeß nicht mutwillig von ihr geführt wird [1]), diejenigen Geldmittel vorzuschießen, welche in einem von ihr geführten Prozeß, besonders im Scheidungsprozeß, zum sachgemäßen Prozeßbetrieb und zwar zur Rechtsverfolgung wie zur Rechtsverteidigung notwendig sind [2]).

In Württemberg, dessen bisheriges Recht für den Güterstand einer zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bestehenden Ehe maßgebend bleibt — Art. 200 E.G. — haben zwar besondere Bestimmungen über eine Kostenvorschußpflicht des Ehemanns nicht bestanden; allein in ständiger Rechtsprechung ist der Ehemann dann, wenn er Vermögen der

---

1) R.G. 5 S. 417; Seuff. Arch. 50 S. 276.

2) Vgl. R.G 46 S. 354; R.G. in Jurist. Wochenschrift 1900 S. 339, 837. 850. 868, und 1901 S. 274. Ebenso die Oberlandesgerichte Dresden, Breslau und Hamburg, Jurist. Wochenschrift 1900 S. 382; ferner Planck, B.G.B. 1387 Anm. 3 c.; 1360 Anm. 3; 1464 1. Kuhlenbeck, B.G.B. § 1387. Anm. 1. Erler, Ehescheidungsrecht S. 206.

Frau in Verwaltung hatte, und eine frivole Prozeßführung nicht vorlag, zur Leistung eines Kostenvorschusses an die Frau für verpflichtet erklärt worden, wobei im Falle des Unterliegens der Frau der Vorschuß als auf Abrechnung am Frauengut gegeben angesehen wurde[1]). Unbedenklich ist an dieser bisherigen Rechtsprechung in den altrechtlichen Ehen, in welchen landrechtliche Errungenschaftsgemeinschaft oder (württ.) allgemeine Gütergemeinschaft besteht, festzuhalten, wie dies auch seither geschehen ist[2]).

Dem Ausgeführten zufolge und da sich die Prozeßführung der Klägerin nicht als eine mutwillige bezeichnen läßt, trifft den Bekl. die Verpflichtung der Klägerin die zur Prozeßführung notwendigen Geldmittel vorzuschießen. Die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung, durch welche dem Ehemann die Erfüllung jener Verpflichtung aufgegeben wird, ist nicht zu beanstanden, da § 627 C.P.O. die Erlassung von einstweiligen Verfügungen anderen als des in § 627 C.P.O. genannten Inhalts auf Grund von § 940 C.P.O. nicht ausschließt. Die Voraussetzungen dieser letzteren Gesetzesbestimmung aber treffen insofern zu, als ein streitiges Rechtsverhältnis, die Ehe der Parteien, in einer bestimmten Richtung, nemlich hinsichtlich des Umfangs des ehemännlichen Verwaltungsrechts und der Befugnis der Frau, zur Deckung des zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwands ihr der Verwaltung des Mannes unterliegendes Vermögen in Anspruch zu nehmen, einstweilen geregelt werden soll und diese Regelung zur Abwendung von wesentlichen Nachteilen für die Frau geboten erscheint[3]).

Urteil des II. Civilsenats vom 23. Januar 1903 i. S. Haag g. Haag.

---

1) Vgl. Württ. Gerichtsblatt 13 S. 360; Gaupp, C.P.O. 1. Aufl. I 282; Jurist. Wochenschr. 1900 S. 693.

2) Vgl. den Beschluß des I. Civilsenats vom 30. April 1901 in Sachen Dürr gegen Dürr Nr. 65 1901.

3) Vgl. R.G. 46 S. 354 und die sonstigen oben erwähnten Entscheidungen.

31.

Voraussetzungen der rechtswirksamen Errichtung eines bürgerlichen Familienfideikommisses.

Klin, die im Armenrecht klagte, hat von der Bekl. Herausgabe von sieben Grundstücken und des Erlöses (mit 400 M.) aus einem weiteren Grundstück mit der Behauptung verlangt: diese Grundstücke — die im Besitz des verstorbenen Mannes der Bekl. waren — gehören zu einem von alt M. B., dem Großvater der Klin und des Mannes der Bekl., gestifteten Familienfideikommiß und seien nach den Bestimmungen dieses Fideikommisses nach dem Tod ihres Bruders ihr, als dessen einzigem Geschwister, zugefallen.

In einer von alt M. B. am 14. Juni 1829 in R. vor dem Gerichtsnotar und drei Waisenrichtern errichteten Vermögensübergabe, wodurch er sein Vermögen, von einem „Reservat“ abgesehen, seinen 4 Kindern: M. H., Joh., Jos. und Joh. Gg. B. übergeben hat, heißt es am Schluß: „Einen Ausding dürfen die Kinder ihrem Vater nicht reichen, dagegen verordnet der Vater, daß die vorhandenen sämtlichen Gebäulichkeiten, sowie das Lehen-Gut, das er sich als Reservat vorbehalten hat, nie in fremde Hände kommen sollen, sondern immer auf der B'schen Familie bleiben solle, wenn z. B. eines oder das andere Kind ohne Leibeserben absterben sollte, so fällt der Anteil desselben auf die Geschwister desselben oder deren Kinder zurück, und zwar in dem Anschlag, wie solcher in dieser Inventur enthalten ist. Wenn aber ein Kind mit Leibeserben abstirbt, so kommt natürlich der Anteil auf diese, ebenfalls in dem oben gemachten Anschlag, auch darf keines der Kinder seinen erhaltenen Anteil durch Testamente oder sonstigen Verordnungen fremden Personen vermachen. Vorstehendes Geschäft wurde hierauf den Interessenten eröffnet und von ihnen die Zufriedenheit damit ausgesprochen. Kraft der Unterschrift: Interessenten: Der Vater M. B. die Kinder J. B.“

Das Geschäft trägt ferner die Unterschriften des Ge-

richtsnotars und der 3 Waisenrichter. Eine Anwesenheit der Kinder ist im Text des Geschäfts nicht erwähnt.

Am 31. Dezember 1833 hat alt M. B. eine weitere Verordnung getroffen, worin er zunächst auf den Inhalt der am 14. Juni 1829 getroffenen Bestimmung in der Weise durch Wiederholung Bezug nimmt, daß er als die Grundstücke, die in der Familie bleiben sollen, bezeichnet „das übergebene Vermögen" sowie das Reservat, — und fortfährt: „Nun könnte aber der Fall eintreten, daß eines oder das andere meiner Kinder einen Teil von diesem ihm übergebenen Vermögen zu verkaufen geneigt wäre, was ich jedoch demselben gestatten will. Für diesen Fall aber ist die Bestimmung bei Fertigung der oben gedachten Vermögensübergabe nicht beschrieben worden, weshalb ich mich veranlaßt finde, hiemit nachträglich zu verordnen, daß, wenn eines oder das andere von meinen Kindern z. B. Gebäude, Haus, Scheuer, Werkstatt oder Güterstücke entweder an eines der Geschwister unter sich oder an einen Fremden verkaufen möchte, und der Verkäufer ohne Leibeserben absterben würde, so soll der Erlös nach des Verkäufers Tod an die überlebenden Geschwister oder deren hinterlassenen Kinder zurückfallen, weil ich das sämtliche Uebergabs-Vermögen als ein Ehni-Gut betrachtet und solches für die Zukunft behandelt wissen will." Nach der Unterschrift des Vaters folgt die Bemerkung: „Die sämtlichen Kinder erkennen diese väterliche Verordnung mit Dank und verpflichten sich, solcher ohne Einrede zu unterwerfen." Es folgen die Unterschriften sämtlicher Kinder.

Die Klage ist abgewiesen worden. Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Auch wenn man der Ansicht der Klin beitreten könnte, wonach die Formen für Errichtung eines bürgerlichen Familienfideikommisses gewahrt sind (sofern die Verfügungen von 1829 und 1833 einen formell giltigen Erbvertrag darstellen) und der alte M. B. ein immerwährendes Familienfideikommiß zu errichten beabsichtigt und dieser Absicht un-

zweideutigen Ausdruck gegeben hat, erscheint doch die Klage als unbegründet, weil es an einem wesentlichen Merkmal eines Familienfideikommisses fehlt.

Zum Wesen eines (adligen wie bürgerlichen) Familienfideikommisses gehört ohne Frage, daß die Fideikommißgüter unveräußerlich oder doch nur unter gewissen Voraussetzungen veräußerlich sind oder dafür Sorge getragen ist, daß im Fall der Veräußerung der Wert des Veräußerten der Familie erhalten bleibt: schrankenlose Veräußerlichkeit der Fideikommißgüter ohne Vorsorge dafür, daß mindestens ein Teil ihres Wertes in irgend einer Form der Familie erhalten bleibt, ist mit dem Wesen eines Familienfideikommisses nicht verträglich [1]).

Nun hat alt M. B. durch die Verfügung vom 31. Dezember 1833, die jedenfalls als ein Bestandteil der Fideikommißanordnung (als deren Ergänzung) sich darstellt, die Veräußerung aller Fideikommißgrundstücke ohne jede Schranke gestattet, womit sich seine sämtlichen Kinder einverstanden erklärt haben. Diese Veräußerlichkeit steht in vollem Widerspruch mit der Anordnung, daß die Fideikommißgüter (die Gebäulichkeiten und das Reservat — oder das übergebene Vermögen) „nie in fremde Hände kommen" und „immer auf der B'schen Familie bleiben" sollen und hebt diese Anordnung, worin eben die Errichtung eines Familienfideikommisses läge, wieder auf.

Allerdings hat nun alt M. B. in der Verfügung von 1833 weiter angeordnet: wenn der Verkäufer von Fideikommißgrundstücken ohne Leibeserben sterbe, so solle der Erlös nach des Verkäufers Tod an die überlebenden Geschwister oder deren hinterlassene Kinder zurückfallen. Aber damit ist in keiner Weise ausreichend dafür gesorgt worden, daß der Wert der veräußerten Grundstücke ganz oder teilweise der

1) Vgl. Lewis: Das Recht der Familienfideikommisse S. 1—2 280 ff.; Stobbe: Deutsches Pr. Recht 2. Aufl. Bd. 2 § 139 Ziff. I; Lang: Sachenrecht Bd. 2 § 156 Ziff. II, 3; R.G. bei Seuffert Bd. 51 Nr. 274.

Familie erhalten wird. Denn einmal ist nichts davon gesagt, daß, wenn der Verkäufer zwar mit Hinterlassung von Leibeserben stirbt, dessen Kinder aber ohne Leibeserben mit Tod abgehen, der Erlös aus den verkauften Gütern nach dem Tod der Kinder des Verkäufers den noch lebenden Nachkommen des alten M. B. zufallen solle; ist dies aber nicht bestimmt, so ist klar, daß unter Umständen schon nach wenigen Generationen von den Fideikommißgütern oder deren Wert nichts mehr oder nur noch ein kleiner Teil im Besitz von Nachkommen des Fideikommißstifters sein wird.

Sodann aber fehlt jede Sicherheit dafür, daß die Anordnung des Fideikommißstifters tatsächlich eingehalten wird, wonach der Erlös aus verkauften Fideikommißgütern (zunächst) der Familie erhalten bleiben sollte. Es ist nicht angeordnet, daß der Verkäufer den Erlös in bestimmter Weise anlegen oder einem Dritten in Verwahrung geben oder Sicherheit dafür leisten muß, daß er bis zu seinem Tod unvermindert erhalten bleibe; es ist nicht ersichtlich, daß alt M. B. etwas derartiges beabsichtigt hat, den Verkäufer in der Verfügung über den Erlös rechtlich zu beschränken gewillt war; ein Anspruch der Fideikommißanwärter darauf, daß ihnen der Verkäufer in irgend welcher Weise für Erhaltung des Erlöses aus den verkauften Gütern Sicherheit gewähre, ließe sich daher nicht begründen. Die Beteiligten sind denn auch bisher davon ausgegangen, daß der Besitzer von Fideikommißgut es veräußern und belasten dürfe, ohne Vorsorge dafür zu treffen, daß dessen Wert der Familie erhalten bleibt: nach dem Vergleich vom 20. Januar 1837 ist J. G. B. „unumschränkter Eigentümer" des zum Fideikommiß gehörigen Hauses geworden; am 19. Juli 1839 hat das O.A.G. Rottenburg dem J. G. B. unter Zustimmung von dessen Geschwistern eröffnet, daß er „weder in der Veräußerung noch Verpfändung" seines väterlichen Vermögens gehindert sei; in seiner Eingabe vom 8. April 1864 hat J. G. B. ausgeführt er sei an „Verkauf und Verpfändung" der Fideikommißgüter nicht gehindert, und es ist darauf der Eintrag im Güterbuch ge-

löscht worden, wonach Klin die ihr als Beibringen gegebenen Fideikommißgüter „nicht veräußern, namentlich auch nicht verpfänden" durfte, während doch insbesondere bei einer Verpfändung die Gefahr nahe liegt, daß das verpfändete Gut und dessen Wert für die Familie des Verpfänders verloren geht.

Tatsächlich ist denn auch schon jetzt anscheinend ein großer Teil der Fideikommißgrundstücke nicht mehr im Besitze von Nachkommen des Stifters und der Erlös der veräußerten Fideikommißgüter nicht der Familie erhalten geblieben. (Dies wird näher ausgeführt, dann heißt es weiter:) Eine Fideikommißstiftung, die zu dem Ergebnis führen kann, daß schon die Enkel oder Urenkel des Stifters den größten Teil der Fideikommißgüter weder in Natur, noch dem Wert nach besitzen, daß nach wenigen Geschlechtern in Wirklichkeit kein Teil des Fideikommißguts in Natur oder dem Wert nach im Besitz der Familie des Stifters ist, ohne daß zwingende Gründe für Veräußerung der Güter ohne Erhaltung des Erlöses vorliegen, — eine solche Anordnung entbehrt des nach dem oben Gesagten charakteristischen Merkmals eines Familienfideikommisses. Die Verfügungen des alt M. B. von 1829 u. 1833 können daher nach ihrem Gesamtinhalt nicht als rechtswirksame Errichtung eines Familienfideikommisses gelten.

Davon kann natürlich keine Rede sein, daß etwa bezüglich der noch vorhandenen Fideikommißgrundstücke der Wille des alt M. B. betreffs deren Erhaltung in seiner Familie zur Geltung gebracht werden müßte. Abgesehen davon, daß dies nach dem eben Gesagten zu Unbilligkeiten führen würde, liegt eben überhaupt — betreffs irgend welcher Vermögensteile — eine gültige Fideikommißerrichtung angesichts der schrankenlosen Gestattung der Veräußerung aller Fideikommißgüter — ohne Vorsorge für Erhaltung von deren Wert in der Familie — nicht vor. In Wirklichkeit hat alt M. B. angeordnet: die sog. Fideikommißgüter seien frei veräußerlich; wenn er weiter bestimmt hat, soweit sie nicht ver-

äußert seien, dürfen sie — im Weg des Erbgangs — nur an Nachkommen von ihm übergehen, hat er ein Verbot gegegeben, in gewisser Weise über diese Grundstücke zu verfügen, ein solches Verbot mit Wirkung für alle Zeiten ist dem früheren Recht ebensowenig bekannt als dem jetzigen[1]). Wenn sich die Kinder des alt M. B. diesem gegenüber vertragsmäßig verpflichtet haben sollten, über die sog. Fideikommißgrundstücke nicht testamentarisch zu verfügen, so wäre doch eine derartige Verpflichtung für die Nachkommen dieser Kinder in ihrem Verhältnis unter einander nicht vorhanden.

Urteil des I. Civilsenats vom 12. Dezember 1902 i. S. Stadel g. Biesinger.

Das Reichsgericht hat das Gesuch der Klin um Bewilligung des Armenrechts behufs Einlegung der Revision gegen dieses Urteil „wegen Aussichtslosigkeit der weiteren Rechtsverfolgung" zurückgewiesen.

---

1) Vgl. Lewis, a. a. O. S. 106. 107; Motive zu § 796 E.G.B.G.B. Bd. 3 S. 77, § 137 B.G.B.

B. in Strafsachen.

4.

Betrug gegenüber dem Fiskus in Absicht auf ein der Einziehung unterworfenes Gewehr. — Inwiefern kommt der Einziehung aus § 295 St.G.B. der Charakter einer Strafe zu?

Der Angeklagte ist durch Urteil der Strafkammer des Landgerichts E. wegen Jagdvergehens zu Strafe verurteilt und hiebei ist zugleich auf Einziehung seines zur Tat benützten Gewehrs erkannt worden. Nach eingetretener Rechtskraft dieses Urteils wurde der Angeklagte zur Herausgabe des der Einziehung unterstellten Gewehrs aufgefordert, worauf er durch Vermittlung des Schultheißenamts N. statt des zur Tat benützten doppelläufigen Lefaucheuxgewehrs im Wert von mindestens 20 M. ein älteres, schadhaftes zu diesem Zweck eigens erworbenes Gewehr im Wert von kaum 6 M. an die Staatsanwaltschaft einsandte; von dieser wurden, da alsbald Zweifel hinsichtlich der Identität des eingesandten Gewehrs mit dem vom Angeklagten bei der Jagdausübung benützten sich erhoben, hierauf bezügliche Erhebungen angestellt und der Angeklagte gab schließlich, nachdem er zuerst behauptet hatte, das richtige Gewehr eingesandt zu haben, das von ihm bei der Jagd benützte und der Einziehung unterworfene wertvollere Jagdgewehr heraus.

In dieser Handlungsweise erblickte das Berufungsgericht den Tatbestand eines versuchten Vergehens des Betrugs,

wobei ausgeführt wurde: der Staat habe einen rechtsbegründeten Anspruch auf das zur Tat benützte Gewehr erworben gehabt, mit der Uebersendung eines andern minderwertigen Gewehrs habe der Angeklagte durch die hierin liegende falsche Vorspiegelung als ob letzteres das der Einziehung verfallene Jagdgewehr sei, den Staat täuschen und zugleich schädigen, sich aber einen bewußt rechtswidrigen Vermögensvorteil verschaffen wollen, indem er das wertvollere Gewehr seinem Vermögen zu erhalten und letzteres nur um den Wert des übersandten alten Gewehrs mit 6 M. zu verringern bezweckte, wobei indes die beabsichtigte Vermögensbeschädigung des Staates nicht zur Vollendung gekommen sei, da der den Staat vertretende Beamte sich nicht habe täuschen lassen und die endgiltige Annahme des eingesandten falschen Gewehrs nicht stattgefunden habe.

Die hier getroffenen Feststellungen enthalten sämtliche Merkmale eines versuchten Betrugsvergehens und die beigegebenen Ausführungen lassen eine rechtsirrige Auffassung in der Anwendung des Strafgesetzes nicht erkennen. Nun wendet die Revision ein, der Angeklagte habe durch seine Handlung lediglich sich einer kriminellen Bestrafung entziehen wollen, da die Einziehung des fraglichen Gewehrs diesen Charakter habe, die Entziehung einer kriminellen Strafe könne aber überhaupt nicht unter dem Gesichtspunkt eines dem Staat zugefügten Vermögensnachteils betrachtet werden. Dieser Angriff geht fehl.

Zwar ist in Theorie und Praxis bestritten, ob der im § 295 St.G.B. vorgeschriebenen Einziehung der bei Verübung eines Jagdvergehens benützten Geräte der Charakter einer Strafe beizumessen sei; Olshausen zu § 295 Nr. 1, Francke dort N. 2, zu § 40 N. I, Lißt § 58 N. 4, Zeitschr. für ges. Strafr.wiss. Bd. 18 S. 271 verneinen diesen Charakter, während Oppenhoff zu § 40 N. 16, Stenglein N. 7, Hälschner Bd. I S. 631, Geyer Band I S. 160, Buri im Gerichtssaal Bd. 30 S. 255 ff., Reichsger. Entsch. VII S. 311, XV S. 166, Rechtspr. VIII S. 330 ihn bejahen. Dieser

letzteren Ansicht ist für einen Fall der vorliegenden Art, in welchem der eingezogene Gegenstand dem Verurteilten selbst gehörte, unbedenklich beizutreten; dies um so mehr als auch die Motive die Einziehung als „eine zur Sicherung des Strafzwecks dienende und speziell zur Verhütung fernerer strafbarer Handlungen mitwirkende Nebenstrafe" bezeichnen und weil sie im Fall des § 295 überhaupt nur neben der Verurteilung zu Strafe wegen Jagdvergehens verhängt wird, insoweit also ein Fall des § 42 St.G.B. ausscheidet. Die im § 295 vorgeschriebene Einziehung ist jedenfalls insoweit sie den Angeklagten trifft, eine besondere Art der in § 40 fakultativ zugelassenen und in dem Abschnitt über „Strafen" ausdrücklich aufgeführten Einziehung gewisser Gegenstände. In dieser Eigenschaft als Nebenstrafe muß sie wie jede andere Strafe die Schmälerung irgend eines Gutes bezwecken und sie richtet sich, da Freiheit, Leben und Ehre dabei nicht in Frage kommen, gegen das Vermögen und nur gegen dieses. Eben diese von selbst gegebene und unmittelbare Wirkung der an sich und in ihrer Richtung gegen den Angeklagten als Nebenstrafe aufzufassenden Einziehung charakterisiert sie zugleich als Vermögensstrafe und die gegenteilige gelegentliche Bemerkung der Motive a. a. O. („die Einziehung sei keine Vermögensstrafe sondern eine Nebenstrafe") stützt sich einseitig auf den mit der Strafe verfolgten Präventivzweck und übersieht dabei jene in der Zufügung eines Vermögensschadens liegende notwendige Wirkung der Einziehung. Auch bilden die Begriffe Nebenstrafe und Vermögensstrafe keinen Gegensatz, die Nebenstrafe kann sehr wohl Vermögensstrafe sein, und die durch die Einziehung erstrebte Verhütung weiterer strafbarer Handlungen wird gerade durch die Wegnahme des Jagdgewehrs und damit durch eine Verminderung des Vermögens des Verurteilten bewirkt, wie anderseits begrifflich jede Strafe als Vermögensstrafe sich darstellt, deren Vollzug ihrem Wesen nach sich gegen das Vermögen des Verurteilten richtet. Die Vollstreckung der über eine Vermögensstrafe, also speziell hinsichtlich einer Ein-

ziehung ergangenen Entscheidung erfolgt nun gemäß § 495 St.P.O. nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Civilgerichte, also nach den die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe bestimmter beweglicher Sachen regelnden §§ 883 ff. der C.P.O.

Mit dem Eintritt der Rechtskraft des die Einziehung verfügenden Strafurteils hat vorliegend der Fiskus, nachdem das einzuziehende Gewehr von der Staatsanwaltschaft zuvor noch nicht beschlagnahmt worden war und somit in diesem Zeitpunkt noch tatsächlich im Vermögen des Verurteilten sich befand, einen inhaltlich bestimmten und fälligen Anspruch auf Herausgabe erworben, wobei dahin gestellt bleiben kann, ob dieser Anspruch dinglicher oder persönlicher Natur ist, und die hinsichtlich des Zeitpunkts des Eigentumsübergangs an den der Einziehung unterstellten Sachen bestehende Streitfrage (vgl. Olshausen zu § 40 N. 4 und die dort. zit.; R.G. Entsch. XXI S. 54) hier nicht entschieden zu werden braucht. Im einen wie im anderen Fall bleiben die Tatbestandsmerkmale des versuchten Betrugs ganz dieselben, da durch die vorgenommene Täuschungshandlung der Fiskus eben um die Verwirklichung dieses Anspruchs betrogen bezw. verkürzt werden sollte, daher die Strafkammer ohne Rechtsirrtum davon ausging, daß der Staat mit der Rechtskraft des Einziehungsurteils einen rechtsbegründeten Anspruch auf das bestimmte wertvollere Gewehr erhalten habe.

Wenn dagegen die Revision unter Berufung auf eine Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. II S. 41 behauptet, daß die Entziehung einer kriminellen Strafe nicht unter den Gesichtspunkt eines dem Fiskus zugefügten Vermögensnachteils fallen könne, so kann dieser Auffassung nicht unbedingt, jedenfalls nicht für Fälle der vorliegenden Art beigepflichtet werden, welche die Einziehung eines dem Staat rechtskräftig zugesprochenen Gegenstandes betreffen. Hier handelt es sich um die Verwirklichung eines dem Fiskus bereits zustehenden und gegen das Vermögen des Verurteilten gerichteten Anspruchs auf Herausgabe eines bestimmten Gegenstands; der

Fiskus wird durch die Vorenthaltung des richtigen wie durch die Ausfolge eines anderen minderwerten Gegenstands in seinem, einen Vermögensbestandteil bildenden Anspruch verkürzt und für den Täter handelt es sich dabei um einen offensichtlichen Vermögensvorteil, da unter solchem jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage verstanden wird, mag sie in einer Vermögensvermehrung oder in der Abwendung eines Vermögensschadens bestehen. In der von der Revision angezogenen reichsgerichtlichen Entscheidung, nach welcher die Strafe um ihrer selbst willen und nicht in der Absicht, den Vermögensverkehr zu vermitteln, verhängt wird, auch die Bewahrung vor der Verurteilung zu einer Geldstrafe sich nicht unter den Gesichtspunkt der Erlangung eines Vermögensvorteils bringen läßt, ist ausschließlich der Strafzweck und nicht zugleich die oben erwähnte unmittelbare, bei Vermögensstrafen in der Zufügung eines Vermögensschadens von selbst gegebene Wirkung dieser Art von Strafe gewürdigt, vgl. Olshausen zu § 263 Nr. 44 Z. II, Ger.saal Bd. 30 S. 255. Hiezu kommt, daß bei jener Entscheidung keineswegs eine schon rechtskräftig ausgesprochene Strafe der Einziehung in Frage stand, vielmehr die Absicht des Angeklagten dahin zielte, sich einer erst drohenden Verurteilung zu einer Geldstrafe zu entziehen, und daß in einer späteren Entscheidung (Rechtspr. IV S. 669) das Reichsgericht anderseits anerkannt hat, daß die Abwendung eines kriminellen Verfahrens sich unter Umständen als ein Vermögensvorteil darstellen und speziell die Verhinderung oder Verzögerung der Erhebung begründeter Ansprüche aus einer strafbaren Handlung als Betrug aufgefaßt werden kann.

Urteil des Strafsenats vom 9. Dezember 1903 gegen C. Schmidle wegen Betrugs.

5.

Die Gebühr des Pflichtverteidigers für die Revisionsbegründung.

Nach § 150 St.P.O. sind dem zum Verteidiger bestell-

ten Rechtsanwalt für die geführte Verteidigung die Gebühren nach Maßgabe der Gebührenordnung aus der Staatskasse zu bezahlen, vorbehältlich des Rückgriffs an den in die Kosten verurteilten Angeklagten. Den Rechtsgrund für diese Verpflichtung der Staatskasse bildet der in der gerichtsseitig geschehenen Bestellung zum Verteidiger liegende Auftrag des Staates und der Anspruch gegenüber der Staatskasse stellt sich als begründet dar, insoweit der Verteidiger eine innerhalb des durch die Bestellung gesetzlich gegebenen und begrenzten Pflichtenkreises liegende Tätigkeit entwickelt hat. Nun kann das Gericht an sich den Verteidiger nur für das in der eigenen Zuständigkeit liegende Verfahren bestellen und diese Bestellung erstreckt sich sonach nicht weiter als die Zuständigkeit des Gerichts in der Instanz reicht. In einer Strafsache, welche vor dem Schwurgericht zu verhandeln ist, kann die das Verfahren vor dem Schwurgericht vorbereitende und beschließende Strafkammer, bezw. der Vorsitzende der letzteren, den nach § 140 St.P.O. von Amtswegen zu bestellenden Verteidiger nur für das erwähnte, in deren Zuständigkeit fallende Verfahren sowie für die schwurgerichtliche Instanz bestellen und nicht zugleich auch für das in zweiter Instanz zur Entscheidung über Schwurgerichtsfälle zuständige Reichsgericht. Diese hienach durch die eigene Zuständigkeit des bestellenden Gerichts gegebene Begrenzung des Umfangs einer Bestellung zum Verteidiger erfährt indes durch die besondere Vorschrift des § 339 St.P.O. eine gewisse Erweiterung, wonach der Verteidiger in jedem Fall, in welchem nicht eine ausdrückliche Willenserklärung des Angeklagten entgegensteht, für diesen Rechtsmittel einlegen kann. Nach anerkannten Grundsätzen schließt jede Verteidigung auch Recht und Pflicht des ordnungsmäßigen Gebrauchs der zulässigen Rechtsmittel in sich und die Strafprozeßordnung hat durch die Vorschrift des § 339 die Rechtsmitteleinlegung ausdrücklich als in den Kreis der dem Verteidiger zugewiesenen Aufgaben fallend erklärt, welche Aufgaben hienach mit der Hauptverhandlung und Urteilsverkündung nicht abgeschlossen sind,

sondern in der Einlegung des gegen das ergangene Urteil zulässigen Rechtsmittels ihre im Gesetz beruhende Fortsetzung finden. So besteht auch in Theorie und Rechtsprechung volle Uebereinstimmung darüber, daß mit der Erlassung des Urteils erster Instanz die Funktion des vom Gericht bestellten Verteidigers so wenig als diejenige des vom Angeklagten gewählten Verteidigers von selbst erlischt, und daß vielmehr die Bestellung auf Grund des § 339 und zum Zweck der Ausübung der darin dem Verteidiger zugesprochenen Befugnis in Kraft bleibt, Löwe zu § 140 Nr. 11b, Stenglein das. Nr. 10, Entsch. R. G. in Straff. Bd. 21 S. 366, Bd. 22 S. 97, Bd. 29 S. 279. Zur Rechtsmitteleinlegung ist aber auch unzweifelhaft die Begründung desselben zu rechnen, jedenfalls insoweit es sich um das Rechtsmittel der Revision handelt. Denn die Wirksamkeit einer Revisionseinlegung ist im Gesetz von einer den Erfordernissen der §§ 384, 385 St.P.O. entsprechenden schriftlichen Begründung dieses Rechtsmittels und zwar derart abhängig gemacht, daß der Mangel der in § 385 vorgeschriebenen Form die Revision ohne weiteres als unzulässig erscheinen läßt.

Nach dem Ausgeführten ist der gesetzliche Umfang der Bestellung eines Rechtsanwalts zum Verteidiger durch die Vorschrift des § 339 mitgegeben und über die Instanz des bestellenden Gerichts hinaus gleichsam erweitert. Die Bestellung erstreckt sich, soweit nicht ein anderes besonders verfügt wurde, von selbst auf die Einlegung und Begründung des Rechtsmittels der Revision, diese letztere Tätigkeit des Verteidigers wird in gewissem Sinn der Instanz noch gleichgeachtet, für welche die Bestellung zum Pflichtverteidiger seitens des Gerichts geschah und an sich auf Grund der diesem Gericht zukommenden Zuständigkeit auch nur geschehen konnte. In Wirklichkeit spielt sich das Revisionsverfahren innerhalb gewisser Grenzen nach dem Gesetz auch vor der ersten Instanz noch ab, insofern nach § 386 St.P.O. das Gericht, dessen Urteil mittels Revision angefochten wird, in eine Prüfung darüber eintreten muß, ob die Revision rechtzeitig eingelegt und ob die Revisionsanträge rechtzeitig sowie in der vom

Gesetz vorgeschriebenen Form angebracht sind, und falls ein Mangel in einer dieser Richtungen sich zeigt, seinerseits und ohne eine Vorlage an das Revisionsgericht das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen hat. Im vorliegenden Fall war die Bestellung des Beschwerdeführers zum Pflichtverteidiger allgemein und ohne eine Einschränkung auf einen bestimmten Abschnitt des gerichtlichen Verfahrens erfolgt und seine aus dieser Bestellung erwachsenen Befugnisse umfaßten nach § 339 auch die Einlegung und Begründung des Rechtsmittels der Revision. Der Beschwerdeführer ist tatsächlich weiterhin nach der durch ihn veranlaßten Aufhebung des schwurgerichtlichen Urteils ohne nochmalige Bestellung und ohne eine spezielle Hinweisung auf seine frühere Bestellung als Pflichtverteidiger angesehen und behandelt, unbeanstandet ebenso für diese seine weitere Tätigkeit nach der Gebührenordnung entlohnt worden.

Eine andere Auffassung läßt sich auch nicht etwa aus der Entstehungsgeschichte des § 150 St.P.O. ableiten, diese bietet im Gegenteil eine Stütze für die hier vertretene Ansicht. Der Entwurf der St.P.O. enthielt nämlich keine entsprechende Bestimmung und der § 150 ist aus einem in der Justizkommission des Reichstags gestellten Antrag hervorgegangen, welcher unter Ablehnung weitergehender, die Entlohnung auch des Wahlverteidigers aus der Staatskasse bezweckender Anträge zur Annahme gelangte und in der gleichen Wortfassung in das Gesetz überging. Bei Begründung dieses Antrags ist weder in der Justizkommission noch im Reichstag eine in seinem Wortlaut nicht gelegene Einschränkung, wie sie mit Berufung auf Löwe zu § 150 Nr. 2b gemacht wird, irgendwie ausgesprochen oder auch nur angedeutet, vielmehr nur das in der Bestellung liegende Auftragsverhältnis als Grund für die der Staatskasse auferlegte Verpflichtung und daneben als Motiv die in der gesetzlichen Notwendigkeit der Verteidigung gelegene Sicherung und Schutzmaßregel zu Gunsten des Angeklagten angeführt worden, Prot. Just. Komm. S. 520—524, 882—886. Bei der Beratung im Reichstag erklärte ein Abgeordneter ohne irgend einem

Widerspruch in diesem Betreff zu begegnen, daß nach seiner Auffassung die „geführte Verteidigung" alle Bemühungen des Rechtsanwalts zur Verteidigung vom Moment der Bestellung an mit Einschluß der Rechtfertigung des eingelegten Rechtsmittels mit in sich begreife; Hahn, Mat. zur St.P.O. S. 1836/38, vgl. auch S. 978/81, 1279, 1280, 1536.

Wie die Wortfassung der Gesetzesbestimmung und deren Entstehungsgeschichte, führt auch der aus dem Zusammenhang mit § 140 St.P.O. sich ergebende gesetzgeberische Grund dazu, die im Einzelfall ohne besondere Einschränkung erfolgte Bestellung zum Pflichtverteidiger auf die Einlegung und Begründung des zulässigen Rechtsmittels zu beziehen. Nach den Motiven des § 140 (S. 83/84, Hahn a. a. O. S. 143) beruht die für Schwurgerichtsfälle angeordnete Notwendigkeit der Verteidigung auf der Erwägung, daß je größer das den Angekl. vielleicht treffende Strafübel ist, desto ausgiebiger die Schutzmittel gegen die Möglichkeit einer unbegründeten Verurteilung zu bemessen sind, anderseits auf dem verwickelten Gang des schwurgerichtlichen Verfahrens, welcher einen rechtskundigen Beistand des Angeklagten erfordert. Auf Grund dieser Erwägung hat die Justizkommission des Reichstags, nachdem der Entwurf die Notwendigkeit der Verteidigung erst mit der Eröffnung des Hauptverfahrens vorgesehen hatte, das Eintreten derselben schon im Stadium des § 199 St.P.O. für geboten erachtet, weil schon in diesem die wichtigsten Interessen des Angeklagten in Frage kämen, Prot. S. 496 ff. Nun würde es diesem gesetzgeberischen Willen unstreitig schwer entsprechen, wenn die Bestellung der sachkundigen Beratung nicht insoweit erstreckt und der Rechtsschutz deshalb gerade in dem Moment versagen würde, in welchem der Angeklagte nach Erlassung des schwurgerichtlichen Urteils eines juristischen Beraters häufig in noch gesteigertem Maße bedarf. Daß aber gerade der im schwurgerichtlichen Verfahren tätig gewesene Verteidiger zur Beurteilung der Frage, ob Anlaß zur Einlegung der Revision vorhanden, ferner zur Stellung und Begründung

der Revisionsanträge am besten befähigt ist, daß weiterhin die gesetzliche Möglichkeit, die Revisionsbegründung zu Protokoll des Gerichtsschreibers zu geben, sehr oft für den Angeklagten nur ein wertloser Behelf ist, bedarf keiner weiteren Ausführung und ist vom Beschwerdeführer mit Recht betont worden. Stellt hienach die Revisionseinlegung und Begründung eine in den durch die Bestellung zum Pflichtverteidiger begrenzten Geschäftskreis fallende Tätigkeit des Verteidigers dar und folgt hieraus die Verpflichtung der Staatskasse zur Vergütung für diese Tätigkeit, so kann nach Bestimmung der Rechtsanwaltsgebührenordnung der Verteidiger für die Revisionsbegründungsschrift die besondere, nach §§ 68, 63 das. in Schwurgerichtssachen 20 M. betragende Gebühr beanspruchen, wenn sich seine Tätigkeit in der Revisionsinstanz auf die Anfertigung der genannten Schrift beschränkt hat und ihm nicht die volle Bauschgebühr für diese Instanz zukommt. Diese Voraussetzung trifft vorliegend zu und hat der Beschwerdeführer demgemäß auch einen nach der Gebührenordnung begründeten Anspruch auf die erwähnte Gebühr sowie auf den Ersatz der bei dieser Tätigkeit durch Schreibwerk entstandenen Auslagen.

Beschluß des Strafsenats vom 11. Nov. 1903 in der Strafsache gegen Völmle.

6.

1. Inwiefern kann eine bei der Staatsanwaltschaft eingereichte Anschlußerklärung des Nebenklägers als bei Gericht eingereicht angesehen werden?

2. Welches ist die Folge einer unterlassenen Beschlußfassung des Gerichts bezw. der Zustellung einer solchen über die Anschlußerklärung des Nebenklägers?

Ueber diese Fragen herrscht in der Rechtsprechung der Landgerichte eine verschiedene Auffassung; der Strafsenat hat in einer Reihe von Entscheidungen konstant in den letzten Jahren den aus nachstehendem Beschluß ersichtlichen Stand-

punkt vertreten. Es wurde in der Beschwerdeinstanz unter Abänderung des gegenteiligen Beschlusses der Strafkammer der Nebenkläger zugelassen in der Erwägung:

1. daß dem Beschwerdeführer K. durch Eintragung in das Musterregister des Amtsgerichts G. vom 6. Oktober 1902 vier (näher bezeichnete) Muster von Schirmgriffen gegen Nachbildung geschützt wurden und derselbe im Mai 1903 gegen den Angeschuldigten B. wegen unbefugter Nachbildung dieser Muster Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft E. erstattet hat, daß hienach der Strafkläger K. auf Grund des § 14 des Gesetzes vom 11. Januar 1876 betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen die Zuerkennung einer Buße zu verlangen berechtigt war und der erhobenen öffentlichen Klage als Nebenkläger gemäß § 443 St.P.O. sich anschließen konnte;

2. daß diese Anschlußerklärung in einem an die Staatsanwaltschaft E. gerichteten Schreiben vom 24. Juni 1903 mit dem Bemerken erfolgt ist, daß nach einem Bescheid des Untersuchungsrichters die Voruntersuchung abgeschlossen und die Akten zur weiteren Verfolgung an die Staatsanwaltschaft abgegeben seien, daß dieses Schreiben von letzterer hernach mit den Akten der geschlossenen Voruntersuchung und mit dem Anfügen, daß gegen die Zulassung des Strafklägers als Nebenkläger keine Einwendung erhoben werde, der Strafkammer des Landgerichts E. übergeben wurde, was dem Willen des Strafklägers offensichtlich entsprochen hat, und daß daher die Anschlußerklärung als bei Gericht eingereicht, somit dem Erfordernis des § 436 St.P.O. entsprechend anzusehen ist;

3. daß jedoch von der Strafkammer diese Anschlußerklärung, weil bei der Staatsanwaltschaft eingereicht, für unwirksam erachtet und in Verfolg dieser Auffassung auch eine Zustellung des angefochtenen Beschlusses vom 27. Juni 1903 an den Strafkläger K. unterlassen wurde, gegen welches Verfahren die eingelegte Beschwerde in erster Linie sich richtet und daß ihr insoweit ein Erfolg nicht zu versagen, vielmehr die sachlich wie formell einem Anstand nicht unterlie-

gende Zulassung des Beschwerdeführers als Nebenkläger nunmehr vom Beschwerdegericht auszusprechen ist, womit für denselben zugleich die Berechtigung zur Einlegung der Beschwerde gegen die von der Strafkammer beschlossene Außerverfolgungsetzung des Angeschuldigten gemäß §§ 437, 430 209 St.P.O. erwächst;

4. daß anbelangend die Rechtzeitigkeit der Beschwerdeeinlegung zwar der die Außerverfolgungsetzung enthaltende Beschluß der Strafkammer schon am 3. Juli 1903 der Staatsanwaltschaft wie dem Angeschuldigten zugestellt und die Beschwerde erst am 15. Juli erhoben wurde, jedoch im Hinblick auf die nach obigem zu Unrecht erfolgte Verweigerung der Zulassung der Nebenklage und im Hinblick auf die Unterlassung einer Zustellung dieser Entscheidung an den Strafkläger K. die gesetzliche Frist zur Erhebung der sofortigen Beschwerde trotz der Bestimmung des § 439 Abs. 2 St.P.O. als gewahrt zu gelten hat, da mit seiner am 26. Juni 1903 der Strafkammer zugekommenen Anschlußerklärung der Strafkläger ein prozessuales Recht auf eine bezügliche Entscheidung und deren Zustellung an ihn erlangte, folgerichtig auch die mit dem Beschluß der Strafkammer vom 27. Juni herbeigeführte Veränderung der Prozeßlage eine Rechtswirkung zu seinen Ungunsten insolange nich äußern konnte, als ihm dieser Beschluß nicht bekannt gegeben wurde (vgl. Entsch. des R.G. Bd. 25 S. 186, Goltdammer's Archiv Bd. 43 S. 32), wogegen allerdings der in der Beschwerdeschrift wiederholten Anschußerklärung für sich allein eine Rechtswirkung angesichts des § 439 St.P.O. nicht beigemessen werden könnte.

Beschluß des Straffenats vom 13. Januar 1904 in der Strafsache gegen J. B. wegen Vergehens gegen das Musterschutzgesetz.

7.

1. Zum Begriff eines Wanderlagers und Gewerbebetriebs.

2. Unter welchen Voraussetzungen liegt Wandergewerbsteuergefährdung seitens eines Konkursverwalters?

Der Angeklagte (ein Rechtsanwalt) hatte als Konkursverwalter in dem über das Vermögen eines Kaufmanns in C. eingeleiteten Konkursverfahren 14 Fässer Gerberthran, die zur Masse gehörten, im Lagerhaus zu St. verwahrt und der Lagerhausgesellschaft dort für ein Darlehen verfaustpfändet waren, ohne vorherige Anzeige bei der Steuerbehörde öffentlich versteigert. Von der Anklage einer Wandergewerbesteuergefährdung wurde er vom Schöffengericht und vom Berufungsgericht freigesprochen, die Revision des K. Steuerkollegiums als Nebenklägerin vom Strafsenat verworfen.

Aus den

Gründen:

Nach Art. 1 des Gesetzes vom 15. Dezember 1899 betr. die Wandergewerbesteuer unterliegt der Gewerbebetrieb im Umherziehen ausschließlich der Wandergewerbesteuer nach Maßgabe dieses Gesetzes und nach Art. 2 Ziff. 1 ist als wandergewerbesteuerpflichtig erklärt, wer im Lande außerhalb des Gemeindebezirks seines Wohnorts oder der im Verordnungsweg diesem gleichgestellten nächsten Umgebung ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung in eigener Person Waren feilbietet; nach Art. 7 ist derjenige, welcher ein der Wandergewerbesteuer unterliegendes Gewerbe ausüben will, dasselbe vor Eröffnung des Betriebs behufs Entrichtung der Steuer der zuständigen Steuerbehörde anzumelden und einen Steuerschein zu lösen verpflichtet. Einen Gewerbebetrieb im Umherziehen bilden nun sowohl nach der mit der Vorschrift des Art. 2 Ziff. 1 gleichlautenden Begriffsbestimmung des § 55 und nach der ausdrücklichen Anführung im Schlußsatz des § 56 c Abs. 2 der Reichsgew.O. wie nach der Bestimmung des württ. Wandergewerbesteuergesetzes die sog. Wanderlager, welche in dem Art. 18—20 dieses Gesetzes als besondere Unterart aufgeführt und in Art. 18 als Unternehmungen bezeichnet

werden, in welchen außerhalb des Wohnorts des Unternehmers und außer dem Meß- und Marktverkehr ohne Begründung einer dauernden gewerblichen Niederlassung von einer festen Verkaufsstätte aus vorübergehend Waren, gleichviel ob zum Verkauf aus freier Hand oder im Weg der Versteigerung, feilgeboten werden. Nach Abs. 4 des Art. 18 unterliegt das Feilbieten eines Warenlagers durch Inventierer oder Versteigerer der Steuer auch dann, wenn es an deren Wohnort geschieht und gleichviel, ob die Waren für auswärtige oder im Ort angesessene Auftraggeber feilgeboten werden, wogegen nach Abs. 5 lit. c der Verkauf von gepfändeten Waren durch Pfändungsbeamte (Gerichtsvollzieher) ausdrücklich von der Einbeziehung unter die Kategorie Wanderlager ausgenommen worden ist. Nach Art. 19 ist für die Besteuerung der Wanderlager vorgeschrieben in Ziff. 1, daß die Wanderlager für jeden Ort des Betriebs gesondert und zwar für die ganze Betriebsdauer zum voraus zur Steuer heranzuziehen sind und demgemäß die vorgeschriebene Anmeldung und Lösung eines Steuerscheins an jedem Ort des Betriebs zu erfolgen hat; in Ziffer 3, daß die Anmeldung des Wanderlagers bei dem Bezirkssteueramt beziehungsweise bei dem Ortssteueramt zu bewirken ist; in Ziffer 4, daß die bei der Anmeldung abzugebende Erklärung den Gegenstand und die Dauer des Betriebs sowie den Wert des bei Eröffnung des Verkaufs am Betriebsort befindlichen Warenlagers zu enthalten hat. Im Zusammenhalt hiemit ist in dem die Strafbestimmungen enthaltenden Abschnitt III im Art. 22 Z. 1 wegen Gefährdung der Wandergewerbesteuer mit Strafe bedroht, wer wissentlich ein steuerpflichtiges Wandergewerbe ausübt, ohne einen Steuerschein für dasselbe gelöst zu haben, und im Art. 23 die zwar wissentliche, aber nicht in der Absicht einer Steuergefährdung erfolgte, ferner die nicht nachweislich wissentliche, aber bei Anwendung der pflichtmäßigen Sorgfalt und Aufmerksamkeit vermeidbare Zuwiderhandlung unter Strafe gestellt, wobei der Art. 19 Ziff. 1 speziell als ein Anwendungsfall namhaft gemacht ist.

Anbelangend die Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen auf den vorliegenden Fall, so treffen auf die von dem Angeklagten im Lagerhaus zu St. vorgenommene öffentliche Versteigerung die äußeren Merkmale eines im Art. 18 als Wanderlager bezeichneten Unternehmens unzweifelhaft zu; denn es handelte sich um eine Feilbietung von Waren außerhalb des Wohnorts des Unternehmers und außer dem Meß- und Marktverkehr ohne die gleichzeitige Begründung einer dauernden gewerblichen Niederlassung und ferner um eine vorübergehende Feilbietung von einer festen Verkaufsstätte aus. Dabei ist für den Begriff des Wanderlagers der Umstand gleichgültig, daß nur eine einzelne Ware, näherhin Waren derselben Gattung, freilich in größerer Menge und von verhältnismäßig nicht unerheblichem Wert feilgeboten wurden, insofern zwar die vom Gesetzgeber gewählten Ausdrücke „Wanderlager", „Waren", „Unternehmung" auf eine gewisse Veranstaltung größeren Umfangs hinweisen und Warenbestände von geringem Wert und Umfang regelmäßig ausgeschlossen erscheinen lassen, anderseits aber eine Verschiedenheit oder Vielheit von Waren, wie in der Theorie und Rechtsprechung bezüglich der in diesem Teil gleichlautenden Steuergesetze der größeren deutschen Bundesstaaten anerkannt ist, auch aus dem Wortlaut und dem gewerbepolitischen Zweck dieser Bestimmung sich ergibt, kein Begriffsmerkmal eines Wanderlagers bilden. Ebensowenig ist hiefür wesentlich, daß das Zuführen oder Verbringen der Waren von auswärts schon von vornherein zum Zweck einer solchen Feilbietung geschah, vielmehr bildet selbst das sog. Wandern der Ware d. h. das Verbringen derselben von Ort zu Ort oder auch nur das einmalige Hinschaffen der Ware seitens des außerhalb des Verkaufsorts wohnenden Unternehmers an den Ort der Feilbietung keine Voraussetzung, sondern einen aus der ursprünglichen und früher üblicheren Erscheinungsform des Wanderlagerbetriebs tatsächlich stammenden, jedoch sachlich unwesentlichen Nebenumstand. Das entscheidende Gewicht ist nur darauf zu legen, daß der Gewerbebetrieb des Unter-

nehmers am Verkaufsort selbst kein dauernder, sondern ein vorübergehender ist und daß ein Feilbieten der Waren in einem hiezu vorübergehend benützten Verkaufslokal wie Laden, Lagerraum, Zimmer, Schiff oder drgl. außerhalb des Wohnorts des Verkaufenden erfolgt. (vgl. Landmann Gew.O. I. Teil S. 441 ff., Schicker Gew.O. S. 278 Anm. 1, 3 zu § 55, Stenglein Nebenges., Gew.N. § 55 Nr. 12, 13, Entsch. R.G. in Straff. Bd. XXIX S. 3/4. XXXIII S. 133, Anm. des Sächs. Oberlandesger. X S. 407, XIII 399. XX S. 120, XXIV S. 28, Entsch. O.L.G. München III 557, III 18, IX 66, Entsch. Oberst. Bayr. L.G. I 170, 331, Falkmann-Strutz Preuß. Gewerbesteuerges. S. 407 ff. Diese Merkmale sind an sich hier gegeben.

Speziell sind auch nicht etwa die Verkäufe aus einer Konkursmasse, gleichgültig, ob sie vom Konkursverwalter selbst oder von einem hiezu Bevollmächtigten vorgenommen werden, als von der Bestimmung des Art. 18 ausgenommen, und demgemäß von der Wandergewerbesteuer befreit zu erachten. Dies erhellt als Absicht des Gesetzgebers unzweifelhaft aus den Materialien zum württ. Wandergewerbesteuergesetz.

In der Begründung des Gesetzentwurfs ist zu Art. 18 ausgeführt:

> mit Beziehung auf die Steuerbefreiung der Warenverkäufe durch Pfändungsbeamte (welche in Abs. 5 lit. c des Art. 18 ausgesprochen wurde) ist anzufügen, daß auf die Verkäufe von Konkursmassen die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen Anwendung finden und daß demnach z. B. solche Verkäufe, wenn sie außerhalb des Wohnorts des in Konkurs Geratenen stattfinden, mit der Wanderlagersteuer getroffen werden können (vgl. Verh. Abg.K. 1895 Beil. 37 S. 455).

Diese Auffassung der Regierung hat in der Abgeordnetenkammer nach dem Kommissionsbericht (Beil. 228 S. 557) und dem Sitzungsprotokoll vom 21. und 23. Dezember 1897 (Bd. II S. 3904 ff., 3920) keinerlei Widerspruch oder Be-

anstandung gefunden, sie ist in der Kammer der Standesherrn sogar ausdrücklich gebilligt worden. Dort hat nach dem Kommissionsbericht (Beil. XXII von 1898) ein Mitglied mit Beziehung auf die für den „Verkauf von gepfändeten Waren durch Pfändungsbeamte (Gerichtsvollzieher)“ vorgesehene Ausnahmebestimmung ausgeführt: daß als Pfändungsbeamte nicht bloß Gerichtsvollzieher in Frage kommen, da z. B. auch der Ortsvorsteher, ein Gemeinderatsmitglied oder auch ein besonderer Kommissär nach dem Gesetz über die Zwangsvollstreckung wegen öffentlich-rechtlicher Ansprüche von 1879 für die Erledigung des Vollstreckungsauftrags bei Pfändung beweglicher körperlicher Sachen aufgestellt werden könne, ferner daß unter gepfändeten Waren in lit. c auch eine große Quantität von Waren, selbst ein großes Warenlager verstanden werden könne, wie anderseits ein gleichartiger Akt vorliege, wenn zu einer Konkursmasse gehörige Waren durch den Konkursverwalter selbst oder durch Vermittlung eines ermächtigten Beamten zum Verkauf gebracht werden, in welchen Fällen es sich auch nicht um den auswärtigen Verkauf eines ganzen Warenlagers, sondern nur um einen Teil und um kleine Quantitäten handeln könne; ein rechtlicher Unterschied zwischen der Spezialpfändung und dem Generalarrest des Konkurses sei aber nicht zu machen und deshalb entweder in der lit. c auch der Verkauf von zu einer Konkursmasse gehörigen Waren durch die Konkursverwalter als Steuerbefreiungsfall aufzunehmen oder die lit c ganz zu streichen. Der dementsprechend gestellte Antrag wurde jedoch abgelehnt, nachdem die Regierungskommissäre sich auf die aus den Kreisen der seßhaften Gewerbetreibenden gerade gegen die Ausverkäufe von Konkursmassen wiederholt hervorgetretenen Klagen berufen und gegen die Erweiterung des lit. c ausgesprochen hatten. Bei der Ablehnung des auf Streichung der lit. c gerichteten Antrags war nach dem zit. Bericht die Auffassung maßgebend, daß der Verkauf von gepfändeten Waren durch Pfändungsbeamte tatsächtich wohl nur in den seltensten Fällen auf ganze Warenlager sich er-

strecken werde und daß es doch zu weit gehen würde, in allen Fällen solche Verkäufe wie Wanderlager zu behandeln. Die Beratung über diesen Gegenstand hatte hernach in der Kammer der Standesherrn selbst genau dasselbe Ergebnis wie in der Kommission, vgl. Verh. I. K. 1895/99 Prot. Bd. II S. 941 ff. Der Art. 18 ist hernach abgesehen von mehr redaktionellen Aenderungen in der Fassung des Gesetzentwurfs in beiden Kammern zur Annahme gelangt. Weiterhin enthält die vom K. Steuerkollegium für die Ausführung des Gesetzes ausgegebene Dienstanweisung unter Hinweis auf die oben erwähnte Stelle in der Begründung des Entwurfs die Vorschrift, daß die Verkäufe von Konkursmassen, wenn sie außerhalb des Wohnorts des Gemeinschuldners stattfinden, zur Wanderlagersteuer heranzuziehen sein, Amtsbl. des Steuerkoll. 1899 S. 325.

Ist hienach für solche Verkäufe beim Zutreffen der in Art. 18 des Wandergewerbesteuergesetzes aufgestellten Erfordernisse die Anmelde- und Steuerpflicht in diesem Gesetz begründet, so erfährt dieselbe anderseits in der Richtung eine Einschränkung, als ein Wanderlager stets nur als gegeben anzunehmen ist, wenn ein g e w e r b s m ä ß i g e r Geschäftsbetrieb vorliegt. Es muß das in Gemäßheit des Art. 18 erfolgende Feilbieten der Warenbestände als gewerbsmäßig sich darstellen, d. h. in der Absicht erfolgen, damit eine fortgesetzte, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit auszuüben, (Entsch. R.G. XII. 391) und es muß dieses mehr innere Erfordernis zu den angeführten äußeren Merkmalen hinzutreten. Allerdings ist dieses Erfordernis in der im Art. 18 gegebenen Begriffsbestimmung eines Wanderlagers nicht aufgenommen und auch sonst im Gesetz nirgends ausdrücklich hervorgehoben, es ergibt sich aber ganz von selbst aus der Natur und dem Begriff eines Wanderlagers und einer Gewerbesteuer, sowie aus dem engen Zusammenhang dieses Landessteuergesetzes mit der Reichsgewerbeordnung. Die Wanderlager fallen begrifflich unter den Gewerbebetrieb im Umherziehen und bilden eine besondere Abart desselben. Sie

sind in dem Landesgesetz betr. die Wandergewerbesteuer, nach dessen Vorschriften der Gewerbebetrieb im Umherziehen ausschließlich zu besteuern ist, unter den im zweiten Abschnitt aufgeführten Kategorien dieser Gewerbebetriebsform und ebenso in dem dem Entwurf beigegebenen Tarif für Besteuerung der Wandergewerbe als Unterart speziell genannt, in den Art. 18 und 19 dieses Gesetzes sind besondere Vorschriften dafür gegeben, in den Strafbestimmungen wird der Betrieb eines der Steuer vom Gewerbebetrieb im Umherziehen unterworfenen Gewerbes vorausgesetzt und im Art. 22 Ziff. 1 durch die Anführung des nur von der Besteuerung der Wanderlager handelnden Art. 19 der Wanderlagerbetrieb ausdrücklich als ein steuerpflichtiges Wandergewerbe bezeichnet. Ja, aus der Ueberschrift des Gesetzes und seinem ganzen Inhalt sowie aus den nicht nur unbeanstandet gebliebenen, sondern bei den ständischen Verhandlungen direkt gebilligten Motiven desselben geht deutlich hervor, daß das Gesetz nur dann zur Anwendung gelangen kann, wenn es sich um einen Gewerbebetrieb im Sinn des Tit. III der Gew.O. mit der Ueberschrift „Gewerbebetrieb im Umherziehen" handelt, wie denn auch der die wandergewerbesteuerpflichtigen Personen aufzählende Art. 2 wörtlich mit dem Text des § 55 Ziff. 1—4 der R.Gew.O. übereinstimmt. Schon im allgemeinen Teil der Motive zu dem Gesetz ist auf den Zusammenhang des Entwurfs mit der Reichsgewerbeordnung, speziell mit dem Titel III derselben, § 55 ff. hingewiesen und wiederholt hervorgehoben, daß und wie bei Bearbeitung des Gesetzentwurfs ein möglichst enger Anschluß an die Bestimmungen der R.Gew.O. gesucht wurde; im besonderen Teil ist zu Art. 2 und 18 ausgeführt, daß bezüglich der Wanderlager diese wie in der Reichsgew.O. in dem allgemeinen Begriff „Feilbieten von Waren außerhalb des Wohnorts ꝛc." mit dem Hausierbetrieb zusammengefaßt seien und daß das Gesetz, was den Begriff des Wanderlagers betreffe, im vollen Einklang mit dem deklaratorischen Bundesratsbeschluß vom 27. März 1879 stehe (Verh. Abg.K.

1895 Beil. 37 S. 448, 449, 455). Die Gewerbeordnung selbst hat nämlich keine besondere Begriffsbestimmung für die Wanderlager als Unterart des Wandergewerbebetriebs gegeben, dagegen ist in dem durch die Novelle vom 1. Juli 1883 in die R.Gew.O. eingeführten § 56 c Schlußsatz das Halten eines Wanderlagers dem Gewerbebetrieb im Umherziehen ausdrücklich gleichgestellt worden und diese Gleichstellung verdankt ihre Entstehung, wie die Motive zur zit. Novelle S. 50 deutlich aussprechen, dem erwähnten Bundesratsbeschluß. In diesem sind Vorschriften darüber erlassen worden, welche Unternehmungen in der Regel als Wanderlager zu betrachten seien, und näherhin bestimmt, daß hiezu diejenigen Unternehmungen gerechnet werden, in welchen außerhalb des Wohnorts des Unternehmers und außer dem Meß- und Marktverkehr von einer festen Verkaufsstätte aus (Laden, Magazin, Schiff u. drgl.) vorübergehend Waren feilgehalten werden. Diese Begriffsbestimmung ist wörtlich im Art. 18 des Wandergewerbesteuergesetzes übernommen worden und hat in ihrem engen Anschluß an jenen Bundesratsbeschluß bei den ständischen Beratungen ausdrückliche Billigung erlangt, Verh. Abg.K. 1897 Beil. 228 und Prot. 3907, 3920, Verh. K. St.H. 1898 Beil. XXVI S. 8, Prot. 929, 941. Hiezu kommt, daß jede Gewerbesteuer begrifflich einen Gewerbebetrieb zur notwendigen Voraussetzung hat und die Wanderlagersteuer ausdrücklich als eine Gewerbesteuer, speziell als eine Unterart der Steuer für den Gewerbebetrieb im Umherziehen in Württemberg nach dem Gesetz vom 15. Dezember 1899 eingeführt ist, auch die Bestimmung des Umfangs der Wandergewerbesteuerpflicht im engsten Zusammenhang mit der R.Gew.O. erfolgte. Dies hat in der zum Vollzug dieses Steuergesetzes ergangenen Ministerialverfügung vom 18. Dezember 1899 weiteren Ausdruck gefunden, woselbst es im § 1 heißt:

nach den Grundsätzen, auf welchen das Wandergewerbesteuergesetz aufgebaut ist, gilt als Regel, daß alle diejenigen Gewerbebetriebe, zu deren Ausübung nach der

Gewerbeordnung (§ 55) ein Wandergewerbeschein erforderlich ist, auch der Wandergewerbesteuer unterliegen;

und weiterhin nach Aufzählung der hieher nicht berührenden Ausnahmen:

hievon abgesehen stimmen die Vorschriften des Steuergesetzes über die Steuerpflicht mit denjenigen der Gewerbeordnung über die Wandergewerbescheinpflicht im allgemeinen überein; es wird besonderer Wert darauf gelegt, diese Uebereinstimmung auch bei der Durchführung des Steuergesetzes durch gleichmäßige Auslegung und Anwendung der Vorschriften der Gewerbeordnung und des Steuergesetzes aufrecht zu erhalten. (Reg.Bl. 1899 S. 1185/86.)

Endlich besteht hinsichlich der gesetzlichen Regelung der Wandergewerbebesteuerung in Preußen, Bayern und Sachsen derselbe enge Anschluß an die Reichsgewerbeordnung wie er nach obigem durch das württembergische Steuergesetz vom 15. Dezember 1899 getroffen ist (Verh. Abg. K. 1895 Beil. 37 S. 448). In den bezüglichen Landessteuergesetzen ist die Bestimmung des Begriffs der Wanderlager gleichfalls entsprechend dem mehrerwähnten Bundesratsbeschluß von 1879 und ohne die besondere Hinzufügung des Merkmals eines gewerbsmäßigen Geschäftsbetriebs erfolgt, in Theorie und Praxis aber übereinstimmend daran festgehalten worden, daß dieses Merkmal ein notwendiges und selbstverständliches sei, vgl. für Preußen Falkmann-Strutz a. a. O. S. 407, Entsch. R.G. Bd. XXIX S. 1, XXXIII S. 135; für Bayern Landmann Gew.O. zu § 55 S. 443, zu § 42 S. 355, Entsch. O.L.G. München III 557, IV, 157, VII 20, IX 67, Entsch. Obersten Bayr. L.G. Bd. I S. 170 331; für Sachsen Ann. Sächs. O.L.G. IV 408, XX 121, XXIV 28.

Ein gewerbsmäßiger Geschäfsbetrieb, welcher nach dem Ausgeführten zum Begriff eines Wanderlagers sowie überhaupt zur Anwendbarkeit des Wandergewerbesteuergesetzes vom 15. Dezember 1899 gehört, erfordert, wie schon gesagt, eine fortgesetzte und auf Erwerb oder Gewinn gerichtete Tätigkeit sowie einen hierauf gerichteten Willen des Handeln-

den. Die Absicht eine dauernde Erwerbstätigkeit daraus zu machen ist nicht erforderlich und es kann schon eine einzelne für sich stehende Erwerbshandlung zur Annahme der Gewerbsmäßigkeit eines Betriebs ausreichen, aber nur dann, wenn sie den auf ihre Wiederholung gerichteten Erwerbswillen betätigt; sie muß erkennen lassen, daß sie das Ergebnis des Entschlusses ist, dieselbe Handlung zu wiederholen und es darf die Absicht dabei nicht auf die einzelnen vorkommenden Geschäfte beschränkt sein. Denn nur solchenfalls stellt sie sich als den Beginn einer fortzusetzenden gewerblichen Tätigkeit dar, wie anderseits falls die Gewerbsmäßigkeit aus der Wiederholung der Handlung geschlossen wird, zwischen den einzelnen Handlungen ein Zusammenhang derart bestehen muß, daß sie als aus dem einheitlichen Willen des Handelnden, sich einen fortgesetzten Erwerb zu verschaffen, hervorgegangen sich darstellen. Eine alleinstehende und gelegentliche Einzelhandlung, auch wenn sie sich als Ausübung des betreffenden Geschäfts charakterisiert und einen Erwerb zum Zweck hat, stellt deshalb beim Mangel der erkennbaren Absicht, weitere derartige Handlungen vorzunehmen, kein gewerbsmäßiges Handeln und keinen Gewerbebetrieb dar. Es genügt deshalb auch nicht zur Annahme eines Gewerbebetriebs im Umherziehen, näherhin eines Wanderlagers, wenn der Inhaber eines stehenden Gewerbes einmal nur gelegentlich oder ausnahmsweise auf Grund eines bestimmten Anlasses und ohne die Wiederholungsabsicht eine Erwerbshandlung im Sinn des § 55 R.Gew.O. oder des Art. 18 W.Gew.St.Ges. außerhalb des Wohnorts vornimmt. Diese Auffassung hat in der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung übereinstimmende Billigung und Anerkennung gefunden, vgl. Schicker Gew.O. (4. Aufl.) § 55 Nr. 1, Schenkel I S. 416, Landmann Einl. S. 33, 38, zu § 55 S. 441, zu § 56 c S. 478, Stenglein zu § 55 N. 13, Entsch. R.G. in Straff. Bd. XII S. 391, XXXIII 136 und die oben zit. Entsch. von O.L. Gerichten. —

Eine Verkennung dieser Rechtsgrundsätze sowie der an-

geführten Bestimmungen des Wandergewerbesteuergesetzes ist im angefochtenen Urteil nicht ersichtlich. Es wird darin zugegeben, daß unter den steuerpflichtigen Wandergewerbebetrieb, insbesondere mittels Wanderlager, auch Verkäufe aus Konkursmassen durch die Konkursverwalter fallen können, dies aber für den vorliegenden Fall mit Rücksicht auf die tatsächlich obwaltenden näheren Umstände verneint, sofern es an der „Gewerbsmäßigkeit" fehle. Es wird in den Gründen des Urteils ausgeführt, daß die Gewerbsmäßigkeit und damit die Steuerpflicht z. B. ohne weiteres zu bejahen wäre, wenn der Angeklagte einen außerhalb des Pfandverbands befindlichen Warenvorrat in St. versteigert hätte, sei es um Transportkosten zu sparen, oder günstigere Preise als in C. zu erzielen, oder aus anderen derartigen freien Beweggründen; wenn Angeklagter aber wie hier einen einzelnen Posten gleichartiger Gegenstände wie die 14 Fässer Thran in Einer Handlung im St. Lagerhaus versteigern ließ, weil er garnicht die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit hatte, sie vor der anderweitigen Befriedigung der Pfandgläubigerin aus dem Pfandverband und damit aus dem Gewahrsam derselben, nämlich dem Lagerhaus in St. zu bringen, und wozu er schon deshalb genötigt war, um einerseits die Pfandgläubigerin zu befriedigen und anderseits keine weiteren Lagerkosten anwachsen zu lassen, wozu also nicht etwa der Beweggrund vorlag, eben durch den Verkauf außerhalb der gewerblichen Niederlassung günstigere Bedingungen hinsichtlich des Gewinns zu erzielen, so fehle es an der Gewerbsmäßigkeit der Handlungsweise. Hienach hat das Berufungsgericht aus Gründen, welche in der Hauptsache auf tatsächlichem und somit seiner freien Würdigung vorbehaltenen Gebiete liegen, für die vom Angeklagten vorgenommene Warenversteigerung den Charakter des gewerbsmäßigen Geschäftsbetriebs nicht als vorliegend angenommen und hiebei das entscheidende Gewicht darauf gelegt, daß es sich nur um einen vereinzelten und durch eigenartige Umstände veranlaßten Fall dieser Verkaufsform bei dem Angeklagten gehandelt habe, bei wel-

chem dieser keine andere Wahl hatte, als so wie geschehen zu handeln, und daß der ihm in seiner Stellung als Konkursverwalter und durch die besonderen Verhältnisse aufgedrungene Verkauf außerhalb der gewerblichen Niederlassung des Gemeinschuldners und außerhalb seines eigenen Wohnorts als Unternehmer keinerlei günstigere Bedingung für die Gewinnerzielung bezweckte, und nicht wie die Revision behauptet, die Ausnützung der günstigen Chancen des auswärtigen Verkaufs. Die hier getroffene Feststellung schließt ganz von selbst und ohne ausdrückliche Erwähnung auch in sich, daß die Absicht einer Wiederholung der nur ausnahmsweise einmal geübten Betriebsart gefehlt habe.

Nun ist die Frage, ob in der Vornahme eines öffentlichen Verkaufs außerhalb des Wohnorts ein gewerbsmäßiger Geschäftsbetrieb zu erblicken ist, zunächst nach den besonderen tatsächlichen Umständen des einzelnen Falles zu beantworten und bildet somit eine Tatfrage, deren Entscheidung dem Revisionsangriff nur insofern zugänglich ist, als sie von einer rechtsirrtümlichen Auffassung beeinflußt sich darstellt. Dies trifft vorliegend aber nicht zu und der Hinweis der Revision auf die verschiedenen Verkäufe, welche der Konkursverwalter zwecks Versilberung der Masse vorzunehmen hatte, geht schon deshalb fehl, weil nirgends ersichtlich oder behauptet ist, daß es sich bei diesen weiteren Verkäufen um andere als im *stehenden Gewerbebetriebe* am Wohnort vorgenommene handelte und weil dieser letztere Gewerbebetrieb in der Gesetzgebung im Gegensatz zum Gewerbebetrieb im Umherziehen und zum Wanderlagerbetrieb aufgefaßt und behandelt ist, auch für die Frage der Gewerbsmäßigkeit des Wanderlagerbetriebs nicht entscheidend ist, ob der letztere im Anschluß an die Ausübung eines stehenden Gewerbes stattfindet. (R.G.E. Bd. 33 S. 136.) Ebenso verfehlt ist die Bezugnahme der Revision auf das gleichzeitige öffentliche Ausschreiben des Verkaufs eines Rindenlagers in M., da abgesehen davon, daß das Berufungsurteil hievon nichts erwähnt und ein bloßer Mangel in der Beweiswür-

digung des Tatrichters, soweit nicht ein innerer Widerspruch der getroffenen Feststellung vorliegt, in dieser Instanz nach § 380 St.P.O. nicht beachtlich ist, ausweislich der Akten der in Konkurs geratene Kaufmann eine gewerbliche Niederlassung auch in M. begründet hatte. Endlich erweist sich der weitere Vorwurf der Revision, daß der Vorrichter die rechtliche Stellung des Konkursverwalters verkannt habe, angesichts der tatsächlich genügenden und rechtlich einwandfreien Begündung für die Nichtannahme des zum Wanderlagerbegriff notwendigen Merkmals der Gewerbsmäßigkeit als unbegründet und die hiebei auftauchende Frage, inwieweit der Konkursverwalter überhaupt wenn er sich streng im Rahmen der in der einfachen Versilberung der Masse bestehenden gesetzlichen Aufgabe hält, eine der Steuerpflicht unterliegende, auf eine Fortsetzung des ursprünglichen werbenden Geschäftsbetriebs und auf einen Gewerbebetrieb als Quelle neuen Erwerbs abzielende Tätigkeit vollzieht, braucht hier nicht näher geprüft und entschieden zu werden.

Urteil des Straffenats in der Strafsache gegen R. wegen Wandergewerbesteuergefährdung vom 28. Oktob. 1903.

8.

Erstreckt sich eine Kostenverteilung auch auf die Gerichtsgebühr? Ist eine Gebühr anzusetzen bei Verwerfung eines nur den Bußanspruch betr. Rechtsmittels?

Vom Schöffengericht W. sind die drei Angeklagten W. K., D. K., und A. K. wegen gemeinschaftlicher, zum Nachteil des Bauern G. S. verübter Körperverletzung zu Strafen (ersterer zu 10 Tagen Gefängnis, D. K. zu 21 M., A. K. zu 15 M. Geldstrafe), ferner zur Bezahlung einer an den Nebenkläger G. S. zu erlegenden Buße im Betrag von 450 M. unter Gesamthaft verurteilt worden. Gegen dieses Urteil haben sowohl die Angeklagten D. K. und A. K. als auch der Nebenkläger G. S. die Berufung eingelegt und zwar je unter

Beschränkung auf die Frage der Zuerkennung einer Buße bezw. der Höhe derselben. Durch Urteil der Strafkammer des Landgerichts St. wurden die Berufungen beider Teile verworfen und die Angeklagten D. K. u. A. K. zur Tragung von $^3/_4$tel, der Nebenkläger G. S. zur Tragung von $^1/_4$tel der Kosten des Verfahrens zweiter Instanz, der Nebenkläger außerdem zum Ersatz der für den Angeklagten W. K. in der Berufungsinstanz entstandenen notwendigen Auslagen verurteilt. Dieses Urteil ist rechtskräftig geworden und durch Dekreturbeschluß der Strafkammer wurden angesetzt: 1) an Gerichtsgebühren für D. K. 10 M. und für A. K. 5 M. (§ 62 Z. 1, 2 G.K.G.), für den Nebenkläger G. S. 40 M. (§ 74, 70 Z. 3, § 73 G.K.G.), 2) an Schreibgebühren und anderen Auslagen zusammen 36 M., wovon $^1/_4$tel mit 9 M. dem Nebenkläger und $^3/_4$tel mit 27 M. den beiden Angeklagten, bezw. jedem 13 M. 50 Pf. zugeschieden wurden, während die angesetzten Gerichtsgebühren außer Verteilung bleiben, so daß als Gerichtskostenschuld sich ergaben: für den Nebenkläger 49 M., für den Angeklagten D. K. 23 M. 50 Pf. und für den Angeklagten A. K. 18 M. 50 Pf.

Gegen diese Kostenverteilung erhob der Vertreter des Nebenklägers eine Erinnerung, worauf die Strafkammer ihn ablehnend beschied, da nach ihrer Auffassung der Tenor des Berufungsurteils dahin auszulegen sei, daß die verfügte Kostenverteilung sich nicht auf die für jeden Angeklagten und und für den Nebenkläger nach Verwerfung der Berufungen gesondert verfallenen Gerichtsgebühren erstrecke. Hiegegen legte der Vertreter des Nebenklägers Beschwerde ein mit dem Antrag, unter Abänderung dieses Beschlusses auch die Gerichtsgebühren unter die zwischen den zwei Angeklagten einerseits zu $^3/_4$ und dem Nebenkläger zu $^1/_4$ zu verteilenden Kosten des Verfahrens einzurechnen.

Der vom Beschwerdeführer vertretenen Ansicht, daß bei einer im Urteil verfügten Verteilung der Kosten nach Bruchteilen auch die anzusetzenden Gerichtsgebühren ohne weiteres dieser Verteilung unterliegen, kann nicht beigetreten werden.

Denn nach § 1 Ger.-G.-Ges. werden in den vor die ordentlichen Gerichte gehörigen Rechtssachen, auf welche die Civilprozeß-, Strafprozeß- und Konkursordnung Anwendung findet, Gebühren und Auslagen der Gerichte nur nach Maßgabe des genannten Gesetzes erhoben. Hienach sind für Berechnung und Erhebung der Gerichtsgebühr die Bestimmungen des Gerichtskostengesetzes ausschließlich maßgebend, dieses hat als Finanzgesetz selbständig und erschöpfend die Frage geregelt, in welchen Fällen und Beträgen, nach welchen Grundsätzen und von welchen Pflichtigen Gebühren zu erheben sind und diese seine Vorschriften sind für sich selbst auszulegen. Nun gibt nach § 59 Ger.K.Ges. in den gewöhnlichen Strafsachen die rechtskräftig erkannte Strafe den Maßstab für die Höhe der Gerichtsgebühren aller Instanzen und nach § 61 ist dann, wenn eine Strafsache mehrere Angeschuldigte betrifft, die Gebühr von jedem Verurteilten besonders nach Maßgabe der gegen ihn erkannten Strafe zu erheben, so daß also mit der Verurteilung zu einer bestimmten Strafe und nur mit dieser die Gerichtsgebühr gegenüber dem Einzelnen nach den für das Gericht unverrückbar — abgesehen von der Ausnahme in § 65 Abs. 2 — gegebenen Sätzen festzusetzen ist. Neben dieser Bestimmung des § 61 ist für die Entscheidung des vorwürfigen Falles der § 74 maßgebend, nach welchem von dem Nebenkläger, welchem die Kosten eines von ihm eingelegten Rechtsmittels auferlegt sind, die Sätze zu erheben sind, die ihn als Privatkläger treffen würden.

Hienach hat nach dem System des Gerichtskostengesetzes der in einer Strafsache Verurteilte die ihm nach der Höhe seiner Strafe bemessene Gerichtsgebühr stets in vollem Betrag zu bezahlen, mag er die Kosten des Verfahrens nach dem Spruch des Gerichts ganz oder nur teilweise zu tragen haben, mag die Kostenverteilung nach Bruchteilen oder unter Ausscheidung der in besonderen Teilen des mehrere Straftaten umfassenden Verfahrens erwachsenen Kosten geschehen sein. Dies gilt für die Berufungs- und Revisionsinstanz

wie für die erste Instanz, nachdem das Gerichtskostengesetz insoweit von einer verschiedenen Behandlung abgesehen hat. Wenn somit in Anwendung des letzten Satzes von Abs. 1 des § 505 St.P.O. bei teilweisem Erfolg des Rechtsmittels eine angemessene Verteilung der Kosten vom Gericht verfügt ist, so sind in diesem Fall ebenso wie in dem anderen, in welchem mehrere Verurteilte erfolglos das Rechtsmittel einlegten und dessen Kosten nach Bruchteilen zu tragen haben, unter dem Ausdruck „Kosten" nur die Auslagen und Kosten des Verfahrens selbst ohne Einrechnung der Gerichtsgebühren zu verstehen. Wohl werden im zit. § 1 Ger.K.G. allgemein die Gebühren und Auslagen der Gerichte zusammen als Gerichtskosten angesehen, allein diese Zusammenfassung beider ist in dem Abschnitt der Strafprozeßordnung über „Kosten des Verfahrens" keineswegs festgehalten, wie z. B. aus § 498 Abs. 1, § 499, 506 der St.P.O. hervorgeht. Dort ist ohne jede Unterscheidung allgemein von Kosten die Rede und doch kann, da es sich dort nur um Freisprechung, Außerverfolgungsetzung und Uebernahme der Kosten auf die Staatskasse handelt, nicht zweifelhaft sein, daß dabei bloß Auslagen und nicht zugleich Gerichtskosten in Frage kommen, so daß die Berufung des Beschwerdeführers auf den gesetzestechnischen Sprachgebrauch der St.P.O. der Beweiskraft ermangelt.

Anders liegt die Sache freilich in den Fällen der Privatklage, für welche das Gesetz den Gebührenansatz auf wesentlich andere Grundlage gestellt und vom Erfordernis einer Verurteilung sowie von der Höhe der erkannten Strafe völlig losgelöst hat, auch im Fall der Beteiligung mehrerer Personen als Privatkläger oder als Beschuldigte ohne Rücksicht auf die bestimmte Anzahl derselben stets nur die Verdoppelung der Gebühr zuläßt, welch' letztere ihrerseits die gleiche bleibt, ob eine Verurteilung oder Freisprechung erfolgt, ob die Kosten vom einen oder anderen Teil zu tragen sind. Allein vorliegend handelt es sich nicht um einen Fall der Privatklage und die in § 74 für den Nebenkläger gegebene singuläre

Bestimmung schließt nach ihrem Inhalt von selbst die Möglichkeit einer Verteilung der anzusetzenden Gebühr zwischen Nebenkläger und Angeklagten aus. Denn hat der Nebenkläger selbständig ein Rechtsmittel eingelegt oder das vom Staatsanwalt eingelegte nach dessen Rücktritt selbständig aufrechterhalten und sind ihm vom Gericht die Kosten dieses seines Rechtsmittels auferlegt — und eben dies sind die Voraussetzungen des § 74 Ger.K.G. — so trifft auch die für das Rechtsmittel anzusetzende Gerichtsgebühr den mit demselben unterlegenen Nebenkläger allein. Dies ist überdies der einzige Fall, in welchem der Nebenkläger zur Bezahlung einer Gerichtsgebühr herangezogen werden kann, da nach den Motiven das Gesetz davon ausgeht, daß der Anschluß des Nebenklägers an die erhobene öffentliche Klage an sich auf die Kosten des Verfahrens ohne Einfluß bleibt und abgesehen vom Fall des § 74 kein Bedürfnis vorliege, dem unterliegenden Nebenkläger auch in den übrigen Fällen eine Gebühr aufzuerlegen, so daß also die neben der Hauptsache herlaufende Verhandlung und Entscheidung über einen Antrag des Nebenklägers auf Zuerkennung einer Buße gebührenfrei bleibt, auch wenn etwa wegen der Höhe der Buße eine besondere Beweisaufnahme stattfand. Ebensowenig könnte in dem Fall, daß die Kosten des vom Nebenkläger eingelegten Rechtsmittels dem Angeklagten auferlegt werden, für die Berufungs- oder Revisionsinstanz eine Gebühr zum Ansatz kommen, weil nach der Absicht des Gesetzgebers durch die Nebenklage keine anderen Gebühren als die etwa den Nebenkläger selbst treffenden entstehen sollen.

Dagegen ist in dem angefochtenen Kostendekreturbeschluß den Angeklagten A. K. u. D. K. zu Unrecht eine Gerichtsgebühr überhaupt angesetzt worden. Denn die von ihnen eingelegte Berufung hatte ausschließlich den vom Verletzten und Nebenkläger G. S. erhobenen Anspruch auf Buße zum Gegenstand und die Entscheidung über diesen Anspruch rechtfertigt den Angeklagten gegenüber in keinem Fall der erhobenen öffentlichen Klage und in keiner Instanz den Ansatz

einer Gerichtsgebühr. Die Buße, auf deren Erlegung nach §§ 188, 231 St.G.B. erkannt werden kann, hat nämlich nicht die Eigenschaft einer Strafe sondern die einer Entschädigung (R.G. XV 352) und hat deshalb auf Grund des § 59 Ger.K.G. auf die Höhe der Gerichtsgebühr keinerlei Einfluß; betrifft das von den Angeklagten eingelegte Rechtsmittel wie vorliegend ausschließlich den Anspruch auf Buße, so kann die Entscheidung den Ansatz einer Gebühr nicht zur Folge haben, weil eben nicht eine erkannte Strafe den Gegenstand des Rechtsmittels bildet, vgl. Komment. von Pfaffenroth zu § 59 No. 1; Rittmann das. No. 7, Roos S. 314. Anders verhält es sich aber solchenfalls beim Nebenkläger; hat das von ihm eingelegte Rechtsmittel keinen Erfolg und bezog sich dieses nur auf den von ihm gestellten Antrag auf Zuerkennung einer Buße, sei es weil die Buße nicht in dem geforderten Betrag wie hier, sei es daß eine solche überhaupt nicht zugesprochen wurde, so ist in jedem Fall die nach § 74 anzusetzende Gebühr geschuldet, weil diese unabhängig von der Frage, ob eine Verurteilung oder Freisprechung erfolgte und ob überhaupt eine „Strafe“ den Gegenstand einer Entscheidung bildete oder nicht, schon für das Verfahren wie im Fall der Privatklage zum Ansatz kommt. Hiemit ist zugleich ein weiterer Entscheidungsgrund gegen die vom Beschwerdeführer geforderte Verteilung der ihm als Nebenkläger angesetzten Gerichtsgebühr auf die Angeklagten gegeben, da letztere bei einem nur den Bußanspruch betreffenden Urteil mit einer Gerichtsgebühr nicht belastet werden dürfen.

Nach dem Ausgeführten war der Beschwerde, welche sich gegen die einseitige Zuscheidung der dem Nebenkläger angesetzten Gebühr an diesen richtet und deren Verteilung nach dem Maßstab der im Urteil verfügten Kostenverteilung bezweckt, der Erfolg zu versagen. Diese Gebühr war vielmehr gegenüber dem Nebenkläger wie geschehen nicht bloß ausschließlich sondern im vollen Betrag anzusetzen, nachdem das von ihm eingelegte Rechtsmittel erfolglos geblieben war,

diese Gebühr auch nur auf die Verwerfung seines Rechtsmittels Bezug hat und das Gerichtskostengesetz in solchem Fall den Ansatz der Gebühr zu bloßem Bruchteil nicht kennt.

Beschluß des Strafsenats vom 20. Januar 1904 gegen Wilh. Knödler und Genossen wegen Körperverletzung.

9.

Ist die Frage der teilweisen Rechtskraft des Urteils eine prozessuale? Wie ist ihr Verhältnis zum Grundsatz ne bis in idem?

Ueber diese Frage enthalten zwei Urteile des Strafsenats nachstehende Ausführungen:

1) Vom Schöffengericht war der Angekl. wegen Beleidigung des W. in St. zu einer Geldstrafe verurteilt, auf Berufung des Staatsanwalts dieses Urteil von der Strafkammer des Landgerichts hinsichtlich des Strafmaßes aufgehoben und auf eine Gefängnißstrafe von einem Monat erkannt werden. Die Revision des Verurteilten rügte Verletzung der §§ 186, 200 St.G.B. mit der Behauptung, daß die Annahme des Berufungsgerichts, die Staatsanwaltschaft habe die Berufung auf das Strafmaß beschränkt, ausweislich des die Berufungsanmeldung enthaltenden Schriftsatzes und des Protokolls über die Berufsverhandlung unrichtig sei und daß auf Grund dieses prozessualen Irrtums die Strafkammer aus §§ 186 und 200 die Bestrafung ausgesprochen habe, ohne ihrerseits einen Tatbestand festzustellen, worin eine Verletzung des materiellen Rechts liege. Die Revision konnte einen Erfolg nicht haben.

Nach § 380 St.P.O. kann gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Urteile der Landgerichte abgesehen von einem hier außer Betracht bleibenden Fall die Revision nicht auf Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren gestützt werden. An dieser Vorschrift scheitert der gesamte Angriff der Revision. Denn er hat zur Grundlage die Nichterwähnung der Beschränkung der vom Staatsanwalt erhobenen

Berufung auf die Strafausmessung in dem über die Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht aufgenommenen Protokoll und insoweit ist unzweifelhaft eine Verletzung der in den §§ 373, 272, 273 der St.P.O. über den Inhalt des Hauptverhandlungsprotokolls gegebenen Vorschriften geltend gemacht. Die auf die Nichteinhaltung einer dieser Prozeßvorschriften durch Schlußfolgerung aufgebaute Rüge, daß eine Beleidigung trotz mangelnder tatsächlicher Feststellungen für eine solche angenommen worden sei, stellt sich als eine Verkennung des Inhalts der Urteilsgründe des Berufungsgerichts und in Wirklichkeit nicht als Rüge der Verletzung materieller Rechtsnormen sondern wiederum als unzulässige Rüge der Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren dar. Denn in dem angefochtenen Urteil ist ausgeführt, daß die Staatsanwaltschaft die eingelegte Berufung auf das Strafmaß beschränkt habe, und daß deshalb die tatsächlichen sowie rechtlichen Feststellungen des schöffengerichtlichen Urteils, welche vom Berufungsgericht im einzelnen erwähnt werden, in Rechtskraft übergegangen seien. Hiemit ist eine Feststellung gegeben, welche für das Revisionsgericht bindend ist und welche zugleich auf ausschließlich prozessualem Gebiet liegt; sie betrifft die Anwendung von prozeßrechtlichen Vorschriften, nämlich der Vorschrift des § 359 St.P.O., wonach die Berufung auf bestimmte Beschwerdepunkte beschränkt werden kann und wo dies nicht geschehen ist, der ganze Inhalt des Urteils als angefochten gilt, ferner der Vorschrift des § 368 St.P.O., wonach das Urteil nur soweit es angefochten ist, der Prüfung des Berufungsgerichts unterliegt. Auf der Anwendung dieser beiden Prozeßvorschriften und nicht auf der Anwendung materiell rechtlicher Normen beruht das Urteil des Vorrichters in dem mit der Revision angefochtenen Teil; die Revision ist deshalb in Wirklichkeit, nachdem die Beschränkung der Berufung und die daraus sich ergebende prozessuale Folge im Urteil konstatiert sind, nur auf die Rüge einer unrichtigen Anwendung jener Prozeßvorschriften zurückzuführen; sie bekämpft die Art und Weise, wie der Vorrichter auf Grund der erwähnten Vor-

schriften dazu kam, seinerseits keine tatsächlichen Feststellungen auf Grund einer eigenen Prüfung zur Schuldfrage zu treffen, sondern diejenigen des Schöffengerichts als unanfechtbare zu übernehmen. Hienach ist auch insoweit die Revision inhaltlich auf die Behauptung der Verletzung von Rechtsnormen über das Verfahren gestützt und kann diese Rüge im Hinblick auf § 380 St.P.O. eine Beachtung nicht finden. Ein Verstoß durch Verkennung materiell rechtlicher Normen ist in dem Urteil nicht ersichtlich.

Urteil des Strafsenats vom 25. November 1903 gegen H. in M. wegen Beleidigung.

2) In einer Privatklagesache war die Angeklagte vom Schöffengericht wegen 5 Vergehen der Beleidigung zu 2 Wochen Gefängnis verurteilt und auf ihre Berufung dieselbe Strafe unter Annahme einer einheitlichen fortgesetzten Beleidigung hinsichtlich aller 5 Fälle ausgesprochen worden; in der Berufungsverhandlung hatte der Verteidiger die Zurücknahme der Berufung wegen zweier Fälle, das Berufungsgericht eine solche Beschränkung der Berufung für unzulässig erklärt. Die Revision der Angeklagten rügte die Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem sowie der Vorschriften der §§ 73, 74 St.G.B. Die erstere Rüge wurde wie folgt begründet: Das Schöffengericht habe wegen fünf real konkurrierender Beleidigungen verurteilt und damit fünf Verurteilungen ausgesprochen, gegen welche alle oder auch nur gegen einzelne je Berufung eingelegt werden konnte; die Verurteilte habe nur gegen drei Verurteilungen Berufung erhoben, insofern sie dieselbe bezüglich zweier Beleidigungen (Ziff. 1 und 2) in der Verhandlung zurückgenommen habe, womit diese Verurteilungen rechtskräftig geworden und es nur der Festsetzung der in Betracht kommenden Gesamtstrafe nach dem vom Unterrichter rechtskräftig festgestellten Verhältnis der Einzelstrafe zur Gesamtstrafe bedurft hätte; die Zurücknahme sei erfolgt in der Absicht, res judicata zu schaffen auf Grund der Annahme, daß jedenfalls die Beleidigungen Ziff. 2, 3, 4, 5 eine fortgesetzte Handlung bilden und des-

halb durch die Rechtskraft einer einzigen der hiefür ausgesprochenen Strafen die übrigen Verurteilungen als gegenstandslos in Wegfall zu kommen haben; durch die Feststellung der Einheitlichkeit der Handlung sei jetzt zugleich festgestellt, daß die Handlung durch das Schöffengericht rechskräftig entschieden sei.

Die hiemit erhobene Rüge scheitert schon an der Bestimmung des § 380 St.P.O., denn sie läuft der Sache nach auf die Behauptung der Verletzung der §§ 359, 368 St.P.O. hinaus. Nach diesen Bestimmungen kann die Berufung auf einzelne Beschwerdepunkte beschränkt werden und unterliegt das Urteil der Prüfung des Berufungsgerichts nur insoweit als es angefochten ist, — nach ihnen bemißt sich also die Frage, wann und inwieweit die Rechtskraft des Urteils eingetreten und inwieweit eine Beschränkung der Berufung zulässig war. Diese Frage nach der Gültigkeit der Berufungszurücknahme ist eine ausschließlich prozessuale, die in den zit. §§ 359, 368 gegebenen Vorschriften betreffen nur Rechtsnormen über das Prozeßverfahren und können deshalb nach § 380 gegenüber einem landgerichtlichen Berufungsurteil nicht zum Gegenstand einer Revisionsbeschwerde gemacht werden. Die Entscheidung des Vorrichters, daß vorliegend die Berufung mit unzulässiger Beschränkung eingelegt sei, ist deshalb für den Strafsenat bindend, sollte sie sie auch auf unrichtiger Annahme beruhen; es steht hienach für das Revisionsgericht unanfechtbar fest, daß die Berufung das ganze Urteil erster Instanz umfaßte, daß also dieses in keinem Punkte rechtskräftig geworden ist und daß eben weil keinerlei rechtskräftige Entscheidung vorliegt, für die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem, gleichgültig ob er in seiner prozessualen oder in seiner materiell rechtlichen Bedeutung in Betracht käme, kein Raum gegeben ist. Es kann übrigens gegenüber dem Standpunkt der Revision noch darauf hingewiesen werden, daß nach der Art der Begründung der teilweisen Zurücknahme der Berufung und nach der hiefür ausgesprochenen Absicht der Beschwerdeführer selbst eine Zer-

legung der Straftat der Angeklagten in fünf selbständige Handlungen übereinstimmend mit dem Berufungsgericht für rechtlich unbegründet erklärte und die bezügliche Entscheidung des Schöffengerichts seinerseits bekämpfte, um die Annahme einer einzigen fortgesetzten Straftat und für diese dann die Rechtswirkung des Verbrauchs der Strafklage herbeizuführen, daß sonach seine Beschränkung der Berufung in Wahrheit nur als eine scheinbare sich darstellt.

Verfehlt ist auch die weitere Rüge einer Verletzung der §§ 73 und 74 St.G.B. Dieselbe wird darin gesehen, daß das Berufungsgericht trotz der Annahme von nur Einem Delikt die gleiche Strafe wie das Schöffengericht bei Annahme von fünf selbständigen Delikten ausgesprochen und damit eine unzulässige reformatio in pejus vorgenommen habe, da doch naturgemäß die Strafe bei der Annahme von fünf Delikten eine höhere sei, als bei nur einem. Dieser Einwand ist zwar an sich zulässig, da die in § 372 St.P.O. statuierte Unzulässigkeit der Abänderung eines nur vom Angeklagten angefochtenen Urteils zu dessen Nachteil eine ihn zugleich materiell rechtlich schützende Bestimmung ist, der Einwand ist aber sachlich nicht begründet, weil das Berufungsgericht, wenn es die Tat des Angeklagten nach § 73 und nicht nach § 74 beurteilt, dadurch noch nicht genötigt wird, die vom Schöffengericht erkannte Strafe zu ermäßigen, falls sie nur trotz der veränderten Qualifikation noch gesetzlich zulässig war. Letzteres trifft hier unzweifelhaft zu.

Urteil des Strafsenats vom 2. März 1904 in Sachen R. gegen L. wegen Beleidigung.

II.

Abhandlung.

Die Eideszuschiebung über die Einrede mehrerer Zuhälter. (C.Pr. § 1717. C.P.O. §§ 445, 451.)

Von Justizreferendär E. Natter in Ulm.

Es wird in Prozessen über Ansprüche aus außerehelichem Beischlafe des öfteren vorgebracht, eine Eideszuschiebung an die Kindsmutter[1]) über einen in der kritischen Zeit mit einem Andern als dem Beklagten gepflogenen Geschlechtsverkehr ohne „nähere“ Bezeichnung der Person, mit der sie Umgang gehabt haben soll, des Orts, der Zeit des Verkehrs, also lediglich darüber, daß ihr in der Zeit vom . . . bis . . . . außer dem Beklagten eine andere Mannsperson nicht beigewohnt habe, sei unzulässig. Zur Begründung wird auf § 451 C.P.O. hingewiesen, wonach die Eideszuschiebung eine bestimmt zu bezeichnende Tatsache voraussetze. Jene „allgemein gehaltene“ Eideszuschiebung genüge diesem Erfordernis nicht[2]).

Während bisher in der Praxis in Prozessen über Ansprüche aus außerehelichem Beischlaf die Eideszuschiebung in

1) Eine solche kann erfolgen, falls die Mutter die ihr gemäß § 1715 B.G.B. zustehenden Ansprüche als Streitgenosse des Kinds geltend macht (s. Gaupp-Stein. Anm. I zu § 449 C.P.O. bei und in Note 3; Vorbem. zum Titel „Zeugenbeweis“ I, A bei Note 3; Seuffert Bd. 48 Nr. 134) — oder Vormund des Kinds ist und als solcher klagt (R.G. 15 Nr. 73). Anm. d. Red.

2) So Gaupp-Stein 5. Aufl. § 451 zu Note 2.

der bezeichneten allgemeinen Fassung unbedenklich zugelassen wurde, haben neuerdings die Gerichte eine schwankende Haltung eingenommen, so daß der Fall eintrat, daß die eine Civilkammer eines Landgerichts die Eideszuschiebung in dieser Fassung zuläßt, während die andere Civilkammer desselben Landgerichts sie für unzulässig erklärt. Es rechtfertigt sich hienach eine genaue Prüfung der Frage.

1) Die Verteidiger der Unzulässigkeit der Eideszuschiebung in der allgemeinen Fassung berufen sich zur Unterstützung ihrer Ansicht auf eine Reihe oberstrichterlicher Entscheidungen[1]).

Die sämtlichen zitierten Entscheidungen behandeln nicht die Zuschiebung des Eides über die Einrede der mehreren Zuhälter, sondern die unsubstanziierte Eideszuschiebung über den Verlöbnisbruch und über den Ehebruch, welch letzterer ja insoweit Gegenstand der Eideszuschiebung sein kann, als er zwecks Bekämpfung der Ehescheidungsklage[2]) oder zwecks Beurteilung der Schuldfrage geltend gemacht wird (cf. C.P.O. § 617 B.G.B. § 1574 Abs. 3). Die Gründe, welche hier gegen die Zulässigkeit einer nicht näher substanziierten Eideszuschiebung vorgebracht werden, sollen nun in gleicher Weise zutreffen, mag der zu erweisende Geschlechtsverkehr einen Ehebruch darstellen oder die Einrede der mehreren Zuhälter begründen. Es wird also zu prüfen sein, ob jenen Enscheidungen zugestimmt werden kann, bejahendenfalls ob die Gründe, die zu einer Einschränkung der Zulässigkeit der Eideszuschiebung geführt haben, aus allgemeinen Regeln des Eidesrechts oder nicht vielmehr aus der besonderen Natur des Verfahrens in Ehesachen abzuleiten sind, die zitierten Entscheidungen stimmen unter sich nicht überein, weder be-

---

1) Urk. des O.L.G. Hamburg vom 30. 4. 1885 S.A. Bd. 41. Nr. 240. O.L.G. für Bayern v. 17. 1. 1890 S.A. Bd. 45 Nr. 190. O.L.G. Hamburg vom 13. 6. 1889 S.A. Bd. 46 Nr. 64. R.G. vom 8. 12. 1890 S.A. Bd. 46 Nr. 230. O.L.G. Stuttgart Württ. Jahrb. Bd. 8 S. 208. O.L.G. Dresden Deutsche J.G. 1899 S. 211.

2) Dieser Fall ist, da das B.G.B. eine Kompensation der Ehebrüche nicht kennt, nicht mehr praktisch.

züglich der Voraussetzungen, unter denen die nicht substanziierte Eideszuschiebung über den Ehebruch unzulässig sein soll, noch bezüglich der Begründung einer Einschränkung der Eideszuschiebung.

Teils wird die nicht substanziierte Eideszuschiebung für gänzlich unzulässig erklärt, weil sie auf einen dem geltenden Recht unbekannten Kalumnieneid hinauslaufe (S. A. Bd. 41 No. 240), teils wird sie nur dann für unzulässig erklärt, wenn bloß eine vage Vermutung des Beweisführers vorliege, während sie zugelassen werden will, falls ein begründeter Verdacht eines stattgehabten Ehebruchs dargetan sei. Diese letztere Ansicht ist die überwiegende, in der Mehrzahl der Entscheidungen wiederkehrende. Zu ihrer Begründung wird angeführt, daß es einen Mißbrauch des Rechts der Eideszuschiebung darstelle, über Behauptungen, an deren tatsächlichen Unterlagen es fehle, den Gegner zum Eid zu nötigen, durch dessen Zulassung das Verteidigungsrecht des Gegners in der erheblichsten Weise beschränkt würde (S. A., Bd. 46 No. 64), ferner, es widerspreche der Wichtigkeit und Bedeutung des Eides, wenn eine Partei in Ehesachen, ohne Anhaltspunkte für die Untreue des Gegners zu haben, sich des Eides als eines Mittels bediene, dem Gegner ein immerhin mögliches Geständnis zu entlocken, ganz ähnlich das O.L.G. Stuttgart in Württb. Jahrb. Bd. 8. S. 208 ff., der Eid dürfe nicht als Ausforschungsmittel gebraucht werden. In einer Entscheidung des O.L.G. Dresden (Deutsche J. Z. v. 1899 S. 211) wird zur Begründung angeführt, der Eid sei nur zulässig über Tatsachen, d. h. nur über solche Behauptungen, die der Beweisführer selbst für tatsächlich begründet ansehe, nicht aber über solche, die er ohne die eigene Ueberzeugung von ihrer Wahrheit aufstelle (?).

Für Zulässigkeit der Eideszuschiebung über den nicht spezialisierten Ehebruch hat sich ausgesprochen das Reichsgericht in S. A, Bd. 43 No. 304, wie es scheint, ohne eine Einschränkung machen zu wollen; doch ist aus dem Mitgeteilten nicht ersichtlich, ob der Beweisführer in dem konkreten

Fall den Ehebruch nicht wenigstens glaubhaft gemacht hatte; ohne jede Einschränkung ist der Eid über einen nicht spezialisierten Verlöbnisbruch zugelassen vom O.L.G. Frankfurt in S. A. Bd. 45 No. 55 [1]).

2) Es ist nun so viel ohne weiteres klar, daß diese Sätze, soweit sie einer Einschränkung des Rechts der Eideszuschiebung das Wort reden, auf alle und jede Art von Eideszuschiebung müssen Anwendung finden können, sofern in ihnen allgemeine Grundsätze des Eidesrechts erblickt werden. Daß sie eine solche Ausdehnung nicht dulden, kann aber unschwer nachgewiesen werden.

Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Eideszuschiebung sind in § 445 C.P.O. erschöpfend angeführt und die Art und Weise der nach § 445 C.P.O. zulässigen Eideszuschiebung in § 451 C.P.O. beschrieben. Hienach wird lediglich verlangt, daß die Eideszuschiebung T a t s a c h e n zum Gegenstand haben, welche in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen oder welche Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind. Als negative Voraussetzung wird in § 446 noch hervorgehoben, daß die Eideszuschiebung über eine Tatsache, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet, unzulässig sei.

Keineswegs ist Eideszuschiebung nur über eine „solche Behauptung zulässig, die der Beweisführer selbst für tatsächlich begründet hält". (S. oben J. Z. v. 1899 S. 211.) Der Erbe des Schuldners kann über die Behauptung der Zahlung den Eid zuschieben, ohne etwa noch d a r t u n zu müssen, daß er selbst der Meinung sei, es sei gezahlt worden. Sein eigener Glaube an die Richtigkeit seiner Behauptung hat mit der Zulassung der Eideszuschiebung nicht das geringste zu tun. Es ist dies so unzweifelhaft, daß es keiner weiteren Ausführung hierüber bedarf [2]). Ganz unbestreitbar ist ferner,

1) s. auch Rspr. d. O.L.G. Bd. 8 Nr. 28 a c (= S e u f f e r t Bd. 59 Nr. 205). Anm. d. Red.

2) Wie vermöchte auch das Gericht die innere Ueberzeugung des Beweisführers zu prüfen? Die Tatsache des Ueberzeugtseins von der

daß die Zulässigkeit der Eideszuschiebung nicht davon abhängig ist, daß der Beweisführer seine Behauptung bescheinige, daß er die zu erweisende Tatsache glaubhaft mache[1]). Kein Richter wird eine an sich zulässige Eideszuschiebung deshalb für unzulässig erklären, weil das thema probandum eine vage Behauptung des Beweisführers darstelle, für deren Richtigkeit es an jeglichem Anhaltspunkt fehle. Berechtigt doch nicht einmal ein hoher Grad von Unwahrscheinlichkeit der zu erweisenden Tatsache dazu, die Eideszuschiebung für unzulässig zu erklären[2]). Dies gilt selbst dann, — und das ist mit Nachdruck zu betonen — wenn der Gegner über ein eigenes factum turpe zu schwören hat. Es würde jeder gesetzlichen Grundlage entbehren, wollte man in letzterer Richtung Ausnahmen und Einschränkungen machen. Das Gesetz unterscheidet nicht. Für die Frage der Zulässigkeit der Eideszuschiebung über ein factum turpe des Delaten ist das Vorliegen oder Fehlen eines Verdachts gänzlich unverwertbar. Die Glaubhaftmachung der zu beschwörenden Tatsache — und was ist die Erbringung eines Verdachts anderes als eine Glaubhaftmachung? — hat mit der Zulässigkeit der Eideszuschiebung nichts zu tun.

Auch der Hinweis darauf, daß der Eid über ein nach Ort, Zeit, beteiligter Person nicht näher spezialisiertes factum turpe des Delaten auf einen Kalumnieneid hinauslaufe, daß er als Ausforschungsmittel diene, kann es nicht rechtfertigen, die Zuschiebung des Eides für unzulässig zu erklären. Daß eine derartige Nebenwirkung einer sonst zulässigen

Wahrheit des Beweisthemas käme natürlich für den Richter nur in Betracht, wenn sie ihm bewiesen ist. Wird die Zulässigkeit der Eideszuschiebung von der eigenen Ueberzeugung des Beweisführers, daß das zu beweisende wahr sei, abhängig gemacht, so wird damit in Wahrheit der Nachweis der eigenen Ueberzeugung zur Voraussetzung des Rechts der Eideszuschiebung gemacht. Das ist ganz unhaltbar und praktisch gar nicht durchführbar.

1) Nicht einmal der richterliche Eid ist nach R.G. Entsch. Bd. 35 S. 110 davon abhängig gemacht.

2) R.G. 5, S. 429.

Eideszuschiebung deren Unzulässigkeit begründe, ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen; es fehlt hiefür an jedem Anhaltspunkt. — Ob die Eideszuschiebung in der allgemeinen Fassung an sich zulässig ist, diese Frage bleibt dabei eine offene und ist demnächst näher zu untersuchen, nur so viel soll gesagt werden, daß die Verneinung ihrer Zulässigkeit aus diesen Erwägungen im Gesetz keinen Boden findet. Jeder Eid über ein factum turpe des Delaten läuft im Grund auf einen Kalumnieneid hinaus und wird zum Ausforschungsmittel; denn die Unerwiesenheit ist ja der eigentliche Grund der Benützung des Parteieids. Der Parteieid ist das Mittel, durch Ausnützung der Kenntnis des Delaten die Unerwiesenheit zu beseitigen und Beweis zu schaffen für die Wahrheit oder für die Unwahrheit des thema probandum. Das Gesetz gestattet diese eidliche Ausforschung und macht sie für Beweiszwecke nutzbar — jedoch nur in Form des bestimmt normierten Parteieids. Was zu dieser bestimmten Normierung des Parteieids gehört, das ist die Frage, auf die es allein ankommt.

Es erhellt aus den bisherigen Ausführungen — ihre Richtigkeit vorausgesetzt — so viel, daß die Gründe der Eideszuschiebung über einen nicht näher spezialisierten Ehebruch, wie sie in der angeführten Rechtsprechung entgegen treten, nicht aus allgemeinen Regeln des Eidesrechts abzuleiten sind und deshalb auch keine allgemeine Gültigkeit beanspruchen können. Die Beschränkung rechtfertigt sich aber durch die eigenartige Natur des Verfahrens in Ehesachen. Es würde eine nicht zu billigende Ungleichheit der Parteistellung bedeuten, wenn der Kläger zum Beweis des Klagegrunds des Ehebruchs sich des Beweismittels des Parteieides überhaupt nicht bedienen kann (§ 617 C.P.O.), während der Beklagte in die Lage gesetzt würde, dem Kläger über den Ehebruch den Eid zuzuschieben, ohne ihn auch nur nach Ort, Zeit, beteiligter Person spezialisieren zu brauchen. Es rechtfertigt sich, in dem vom öffentlichen Interesse beeinflußten

und unter diesen Einfluß stark modifizierten Verfahren in Ehesachen als dem Sinn und Willen des Gesetzes entsprechend die Einschränkung zu machen, daß der Beweisführer wenigstens einen bestimmten Verdacht bezüglich des dem Kläger zur Last gelegten Ehebruchs dargetan haben muß, um zur Eideszuschiebung zugelassen zu werden. Wo dieser Gesichtspunkt entfällt, entfallen auch die Voraussetzungen für die Beschränkung der Eideszuschiebung. Es ist deshalb nicht richtig, für die Fälle des Verlöbnisbruchs einer gleichen Einschränkung der Eideszuschiebung das Wort zu reden[1]).

3) Unsere Frage, ob die Eideszuschiebung an die Kindsmutter darüber, daß ihr außer dem Beklagten in der kritischen Zeit kein anderer beigewohnt habe, zuzulassen sei, ist mit der Darlegung, daß die die Eideszuschiebung über den nicht spezialisierten Ehebruch in Ehesachen behandelnde Rechtsprechung für diese Frage nicht verwertbar ist, noch nicht entschieden; — doch geht so viel — aber auch nur so viel — daraus hervor, daß die in der zitierten Rechtsprechung für die Beschränkung der betr. Eideszuschiebung angeführten Gründe für die Beantwortung unserer Frage nicht herangezogen werden können.

Ihre Entscheidung hängt vielleicht lediglich davon ab, ob dem Erfordernis des § 451 C.P.O., wonach die zu beschwörende Tatsache vom Deferenten „bestimmt" zu bezeichnen ist, genügt wird; denn daß über eine „Tatsache" im Sinn des § 445 C.P.O. der Eid zugeschoben wird, die Voraussetzungen für die Anwendung des § 445 C.P.O. sonach vorliegen, bedarf keiner Ausführung.

Nun ist so viel klar, daß durch Erbringung eines Verdachts, ja selbst des dringendsten Verdachts, daß die Kindsmutter in der kritischen Zeit außer mit dem Beklagten noch mit einer oder mehreren Mannspersonen Umgang gehabt hat, die Bestimmtheit der Bezeichnung des nicht näher spezialisierten Eidesthemas in keiner Weise berührt wird. Keinesfalls kann

1) So zutreffend O.L.G. Frankfurt S.A. Bd 45 Nr. 55 gegen O.L.G. Stuttgart Württ. Jahrb. Bd. 8 S. 208. cf. auch S.A. Bd. 59 Nr. 205.

demnach die Eideszuschiebung über ein und dasselbe, inhaltlich vollständig gleiche Eidesthema bei Erbringung eines Verdachts für die Richtigkeit des Beweisthemas für zuläſſig, beim Mangel jeglichen Verdachts für unzuläſſig erklärt werden. Denn entweder genügt diese Eideszuschiebung dem Erfordernis des § 451, dann ist sie in beiden Fällen zuläſſig oder sie genügt diesem Erfordernis nicht, dann ist sie in beiden Fällen unzuläſſig. Ob sie diesem Erfordernis genügt, ist von dem Vorliegen oder dem Mangel eines Verdachts gänzlich unabhängig. Die Bezeichnung der zu beschwörenden Tatsache ist ja in beiden Fällen genau dieselbe, also in einem Fall nicht bestimmter denn im andern.

Wie die Glaubhaftmachung der zu beschwörenden Tatsache die Zuläſſigkeit der Eideszuschiebung in keiner Weise berührt, so ist sie auch ohne jeden Einfluß auf die Frage, ob die zu beschwörende Tatsache dem Erfordernis des § 451 C.P.O. entsprechend genügend „bestimmt bezeichnet" ist. Wann ist nun eine Tatsache, welche nach § 445 C.P.O. Gegenstand der Eideszuschiebung sein kann, so bestimmt bezeichnet, wie § 451 C.P.O. es verlangt? Dies ist dann der Fall, wenn das Thema probandum in solcher Konkretisierung beschrieben wird, daß ein Zweifel, über welche Tatsachen der Eid zugeschoben wird, weder auf seiten des Deferenten noch auf seiten des Delaten noch auf seiten des Gerichts bestehen kann. Die Einzelumstände, welche die rechtliche Erheblichkeit der zu erweisenden Tatsache nicht beeinflussen, bedingen auch nicht das Erfordernis der bestimmten Bezeichnung des Eidesthemas. Diesem Erfordernis ist vielmehr Genüge geschehen, wenn die zu beschwörende konkrete Tatsache in der ihre rechtliche Erheblichkeit bedingenden Bestimmtheit beschrieben wird. Ein Mehreres darf nicht erfordert werden. Wollte man die Angabe von einzelnen Begleitumständen verlangen, so würde dies zur vollständigen Grundsatzlosigkeit führen; denn wie weit sollte in der Beschreibung dieser näheren Umstände gegangen werden? und was hat es für einen Sinn, die Angabe dieser Einzelum-

stände zu verlangen, wenn auch ohne sie ein Zweifel darüber nicht gelassen wird, welche konkrete Tatsache den Gegenstand der Eideszuschiebung bildet?

Durch § 451 C.P.O. wollten lediglich Eideszuschiebungen in der Form, es werde dem Beklagten über sämtliche klagbegründenden Tatsachen, soweit sie von ihm bestritten werden, oder dem Kläger über die bestrittenen Einredetatsachen der Eid zugeschoben, ausgeschlossen werden. Nicht entfernt wollte außer der Bezeichnung der konkreten, unter Eid verstellten Tatsache, die Angabe von Begleitumständen verlangt und von ihr die Zulässigkeit der Eideszuschiebung abhängig gemacht werden.

Es würde dies im Erfolg auf eine Verletzung und vollständige Verwirrung der Grundsätze über die Verteilung der Beweislast hinauslaufen; denn es würde damit in Wahrheit vom Beweisführer der Beweis von Tatumständen verlangt, auf welche sich seine Beweislast gar nicht bezieht, weil sie die rechtliche Erheblichkeit der zu erweisenden Tatsache unberührt lassen. Der aus § 1708, 1715 B.G.B. in Anspruch genommene Bekl. hat, um sich dieser Ansprüche zu erwehren, im Fall des Zutreffens der klagbegründenden Tatsachen nach § 1717 B.G.B. nicht zu beweisen, daß die Kindsmutter außer mit ihm (dem Bekl.) auch mit A oder B, sondern lediglich, daß sie innerhalb der kritischen Zeit außer mit ihm noch mit einem andern geschlechtlich verkehrte. Damit ist die den Inhalt seiner Beweislast bildende Tatsache in Anpassung an den konkreten Fall nach § 451 C.P.O. bestimmt bezeichnet, und keiner der Prozeßbeteiligten kann einen Zweifel darüber haben, welche Tatsache unter Eid verstellt ist, insbesondere muß die Klin. genau wissen, ob die zu beschwörende Tatsache wahr ist oder nicht. Die „nähere" Angabe von Ort oder Zeit oder beteiligter Person ist rechtlich unerheblich, bildet sonach auch nicht den Gegenstand der Beweislast und es braucht hierüber demzufolge auch der Eid nicht zugeschoben zu werden. Daß die Kindsmutter durch eine Eideszuschiebung

in der allgemeinen Fassung in ihrer Verteidigung gegen die Einrede der mehreren Zuhälter unzulässigerweise beschränkt werde, kann nicht zugegeben werden, denn es darf ihr die Kenntnis von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu beschwörenden Tatsache zugemutet werden [1]). Umgekehrt ist zu sagen: die Unkenntnis des Beweisführers von unerheblichen, von der Beweislast nicht umfaßten Einzelumständen darf nicht zu seinen Ungunsten ausschlagen, da sich seine Beweislast nur auf die erhebliche Tatsache bezieht.

Die Bestimmtheit der Bezeichnung des Beweisthemas deckt sich mit derjenigen konkreten Gestaltung der zu erweisenden Tatsache, durch welche ihre rechtliche Erheblichkeit bedingt ist.

Verlangt man mehr, so verkennt man nicht nur den Sinn des § 451 C.P.O., sondern die Natur des Beweismittels des Parteieids überhaupt. Er ist die ultima ratio, das letzte Rettungsmittel der beweislosen Partei. Beweislos ist die Partei in der Regel gerade dann und deshalb, weil ihr die Kenntnis der „näheren Umstände", unter denen die erhebliche, den Inhalt ihrer Beweislast bildende Tatsache eintrat, fehlt. Kennt sie solche näheren Umstände, so stehen

1) Hat die Kindsmutter in der kritischen Zeit mit einem andern keinen Umgang gehabt, so schwört sie den Eid und alles ist in Ordnung, sie selbst materiell in keiner Weise beeinträchtigt; hat sie mit einem andern Umgang gehabt, so wäre es die größte Unbilligkeit, dem Bekl. das Recht der Eideszuschiebung zu verweigern, blos weil er den Konstuprator nicht namentlich zu benennen vermag oder weil er einen Verdacht nicht erbrachte; hat die Kindsmutter mit einem andern Umgang gehabt, weiß sie aber nicht bestimmt ob innerhalb der kritischen Zeit, so hat billigerweise sie es mit ihrem Gewissen auszumachen, ob sie den Eid leisten kann oder nicht. Die im Text vertretene Ansicht führt sonach durchaus zu befriedigenden Ergebnissen. Oder sollte die Unannehmlichkeit schwören zu müssen, das Uebel sein, das der Kindsmutter bei nicht spezialisiertem Eid nicht sollte zugemutet werden dürfen? Aus dem Gesetz läßt sich dies so wenig begründen wie alles andere gegen die Zulässigkeit des nicht näher spezialisierten Eids über die Einrede der mehreren Zuhälter Vorgebrachte.

ihr gewöhnlich außer dem Parteieid noch andere Beweismittel zu Gebot, und sie wird mit ihnen Beweis antreten, bevor sie den Ausgang des Prozesses von der Gewissenhaftigkeit des Gegners abhängig macht. Kennt der aus § 1708, 1715 B.G.B. Belangte die Person eines anderen Zuhälters, so wird er ihn als Zeugen benennen. Sein Beweisnotstand beginnt erst dann, wenn er ihn nicht kennt, oder wenn er überhaupt nicht weiß, ob die Kindsmutter in der kritischen Zeit noch mit einer andern Mannsperson Umgang hatte, weil er den andern Zuhälter nicht kennt. In solcher Notlage stellt ihm das Gesetz, um dem unbefriedigenden Ergebnis zu entgehen, den Ausgang des Prozesses lediglich auf mangelnden Beweis einer bestimmten Tatsache abzustellen, das Beweismittel des Parteieids zu Gebot und gibt ihm dadurch das Recht, dem Gegner den Ausgang des Prozesses ins Gewissen zu schieben. Verlangt man von dem Beweisführer Angabe der näheren Umstände, unter denen die erhebliche Tatsache sich ereignete, eine Spezialisierung des Eidesthemas, welche dessen Schlüssigkeit nicht beeinflußt, und macht man von diesem Verlangen die Zulässigkeit der Eideszuschiebung abhängig, so macht man die beweispflichtige Partei in den Fällen beweislos, in denen sie des Beweismittels des Parteieids am dringendsten bedarf, für welche das Recht der Eideszuschiebung nach dem Sinn des Gesetzes eigens gemünzt ist.

Dies tritt nirgends klarer und deutlicher zu Tage, als gerade beim Eid über die Einrede der mehreren Zuhälter. Die Vorgänge, welche den Gegenstand der Eideszuschiebung der mehreren Zuhälter bilden, pflegen sich so in aller Heimlichkeit abzuspielen, daß sich ihre Kenntnis normalerweise unbeteiligten Personen entzieht. Nur die Kindsmutter selbst und ihr Konkumbent haben die bestimmteste Kenntnis von der Tatsache, deren Beweis dem aus §§ 1708, 1715 B.G.B. in Anspruch Genommenen obliegt, das einzige dem Beklagten — abgesehen vom Parteieid der Kindsmutter — zu Gebot stehende Beweismittel ist sonach in aller Regel

das Zeugnis des anderen Zuhälters. Weiß er diesen zu ermitteln, so bedarf es des Parteieids nicht; steht ihm dieses Beweismittel nicht zu Gebot, weil er von der Person des anderen Zuhälters keine Kenntnis hat, so bleibt ihm das Beweismittel des Parteieids der Kindsmutter, dessen Benutzung von der namentlichen Benennung eines anderen Zuhälters nicht abhängig gemacht werden darf, so wenig wie von der Darlegung eines Verdachts für die Richtigkeit der zu erweisenden Tatsache.

Sowohl aus der positiven Regelung, welche das Beweismittel des Parteieids im Gesetz erfahren hat, als auch aus der Natur dieses Beweismittels und der ihr innewohnenden Zweckbestimmung folgt die Unrichtigkeit der Ansicht, daß die Zulässigkeit der Eideszuschiebung über die Einrede der mehreren Zuhälter *mehr* erfordere als die Behauptung, daß die Kindsmutter innerhalb der konkret bezeichneten Empfängniszeit außer mit dem Beklagten mit einem andern Geschlechtsumgang hatte. Die Zuschiebung des Eides an die Kindsmutter darüber, daß ihr außer dem Beklagten innerhalb der konkret bezeichneten Empfängniszeit beigewohnt habe, entspricht den Erfordernissen der §§ 445, 451 C.P.O., sie für unzulässig zu erklären oder ihre Zulässigkeit von weiteren Voraussetzungen abhängig zu machen, ist gesetzwidrig.

Anm. d. Red. Gegenstand der Eideszuschiebung sind nach § 445 C.P.O. „Tatsachen" d. h. *angebliche* Tatsachen oder *tatsächliche Behauptungen* (des Gegners). Der Gegner muß also *behaupten*, das, was er zum Gegenstand der Eideszuschiebung macht, sei tatsächlich geschehen; es genügt nicht, wenn er die bloße Möglichkeit, daß etwas derartiges geschehen ist, in der Form einer tatsächlichen Behauptung vorträgt. Kommt das Gericht zu der Ueberzeugung, die Partei behaupte das gar nicht, was sie zum Gegenstand der Eideszuschiebung macht, so hat es die Eideszuschiebung als unzulässig zu verwerfen. Vor einigen Jahren hatte z. B. das O.L.G. einen Fall zu entscheiden, in dem eine durchaus unbescholtene Frau ihre Ehe wegen Irrtums über wesentliche persönliche Eigenschaften des Ehemanns auf Grund der Behauptung anfocht, der Bekl. sei vor der Eheschließung mit einem Tripper behaftet gewesen und habe sie auf

der Hochzeitsreise angesteckt. Der Anwalt des Bekl. machte u. a. geltend: wenn die Klin. seit der Hochzeitsreise an einem Tripper leide, so beweise das nicht, daß sie von ihrem Mann angesteckt sei, es bestehe ja immer die Möglichkeit, daß sich die Klin. mit einem andern Mann eingelassen habe und von diesem angesteckt worden sei. Wäre hier der Klin. ein Eid dahin zugeschoben worden, sie solle schwören, daß sie nicht innerhalb der und der Zeit mit einem andern Mann geschlechtlich verkehrt habe, so wäre diese Eideszuschiebung zu verwerfen gewesen, weil Bekl. selbst offenbar einen solchen Geschlechtsverkehr nicht behaupten wollte und konnte, sondern nur die Möglichkeit hervorhob, daß ein solcher stattgefunden habe. Darüber, wann das Gericht jene Ueberzeugung gewinnen kann, lassen sich natürlich keine Regeln aufstellen; aber wenn die Partei, die den Eid zuschiebt, keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte dafür anzuführen weiß, daß die behauptete Tatsache sich wirklich zugetragen habe und nach Lage der Umstände der unter Eid gestellte Vorgang durchaus unwahrscheinlich ist, (wenn z. B. ein Bekl., der ohne ersichtlichen rechtfertigenden Grund vom Verlöbnis zurückgetreten ist, gegenüber einer Klage der durchaus unbescholtenen Braut aus § 1298 ins blaue hinein geltend macht, die Klin. sei keine Jungfrau mehr), so kann daraus das Gericht unter Umständen jene Ueberzeugung schöpfen. Daß Eideszuschiebungen über Vorgänge, von denen die betr. Partei nur vermutet, sie seien vorgefallen, keineswegs ohne weiteres unzulässig sind, hat das O.L.G. z. B. in dem Fall W.J.B. B. 6 S. 332 ff. ausgesprochen. Pf.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

32.

Verhältnis des Abs. 1 des § 138 BGB. zu Abs. 2.

Die Bekl. hat der Bankfirma W. und St. für deren Forderungen an die M. S. eine Sicherungshypothek bewilligt. Der Klage des Konkursverwalters von W. und St. auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das als Hypothek bestellte Grundstück hat Bekl. u. a. entgegengehalten: die Geschäfte von W. und St. mit der M. S. seien Wuchergeschäfte gewesen, jedenfalls aber haben sie wegen des Mißverhältnisses zwischen Leistungen und Gegenleistungen gegen die guten Sitten verstoßen und seien deshalb nichtig. In den

Gründen

des Berufungsurteils ist zunächst ausgeführt, wucherische Rechtsgeschäfte i. S. des § 138 Abs. 2 BGB. liegen nicht vor, sodann wird fortgefahren:

Es mag sein, daß unter Umständen ein Rechtsgeschäft wegen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung als gegen die guten Sitten verstoßend und deshalb gemäß § 138 Abs. 1 nichtig anzusehen ist, obwohl das in Abs. 2 des § 138 aufgestellte Tatbestandsmerkmal einer „Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen" nicht zutrifft. Jedenfalls aber ist davon auszugehen, daß für die Regel in dem eben bezeichneten Fall ein solcher Verstoß gegen die guten Sitten nicht anzunehmen

ist; sonst hätte in Abs. 2 des § 138 das Begriffsmerkmal der Ausbeutung einer Notlage u. s. w. wegbleiben können. Eine ohne solche Ausbeutung erfolgende Ausnützung einer günstigen Gelegenheit, Geld zu verdienen, mag bei einem durchaus soliden und ehrenhaften Geschäftsmann vielleicht nicht vorkommen, aber sie ist nicht als Verstoß gegen die guten Sitten anzusehen, der die Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge hat. Als „unsittlich" darf nicht jede ausbedungene Gegenleistung angesehen werden, die nicht als gerechte und billige Vergütung für das dem Schuldner Gewährte erscheint[1]). Wer behauptet, ein Rechtsgeschäft sei wegen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung nichtig, obwohl keine Ausbeutung einer Notlage u. s. w. vorliegt, muß besondere Umstände anführen und nachweisen, die dem betreffenden Geschäft den Stempel eines Verstoßes gegen die guten Sitten i. S. des Abs. 1 des § 138 BGB. aufdrücken. An solcher Darlegung fehlt es aber in Betreff der in Rede stehenden Rechtsgeschäfte. Einem feineren Sittlichkeitsgefühl mag es widersprechen, sich von einem Kunden derart hohe Provisions- und Diskontsätze zahlen zu lassen, wie W. und St. von der S.; aber nicht jedes Geschäft, das von einem derartigen Standpunkt aus als tadelnswert erscheint, ist als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig; auch das römische Recht hat den Satz gekannt, daß Verträge, die gegen die guten Sitten verstoßen, nichtig seien, und hat doch daneben anerkannt, daß manches Geschäft gegen den Anstand verstößt und trotzdem erlaubt und rechtsgültig ist („non omne, quod licet, honestum est"); das ist auch als der Standpunkt des BGB. anzusehen. Die in Betracht kommenden Rechtsgeschäfte der Firma W. und St. mit der S. stellen sich nach dem Ausgeführten auch nicht als gemäß Abs. 1 des § 138 BGB. nichtig dar.

Urteil des I. Civilsenats vom 27. November 1903 i. S. Konkursmasse Wassermann und Stockinger gegen Sülzle.

1) Dernburg: das bürg. Recht Bd. 1 § 127 Anm. 4; Plank, BGB. (1. Aufl.) Anm. 3 zu § 138.

33.

Eigenes Verschulden eines Knaben, der „die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht“ nicht hat.

Der 12jährige Kläger ist durch die Kreissäge des Beklagten an einer Hand verletzt worden, als er der Aufforderung des 15jährigen Sohns des Beklagten, ihm das Holz zum Sägen hinzureichen, damit es schneller gehe, Folge leistete. Das Berufungsgericht hat den Beklagten für schuldig erklärt, dem Kläger zwei Drittel des ihm durch den Unfall erwachsenen Schadens zu ersetzen.

Aus den

Gründen:

Es erhebt sich die Frage, ob die Verpflichtung des Beklagten zum Schadensersatz nicht etwa teilweise oder ganz in Wegfall zu kommen hat nach dem Grundsatz des § 254 B.G.B.'s, wonach, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat, die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon abhängt, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.

Das in dieser Gesetzesbestimmung vorausgesetzte „Verschulden“ des Beschädigten darf nämlich — wie von mehreren Schriftstellern[1]) mit Recht ausgeführt wird — nicht als Verschulden im technischen Sinn, mit dem Erfordernis der civilrechtlichen Verantwortlichkeit, sondern es muß in einem weiteren, nicht-technischen Sinn als „ein Verhalten, das bei zurechnungsfähigen Personen Verschulden wäre“, oder als „Mitverursachung“ aufgefaßt werden. Diese weitere Auslegung des Begriffs des Verschuldens im Sinne des § 254 recht-

1) vgl. Rümelin im Archiv f. civ. Praxis Bd. 90 S. 315; Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B.'s 3. und 4. Aufl. Bd. 1 S. 595; Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts Bd. 1 § 111.

fertigt sich insbesondere durch den Inhalt des § 829 B.G.B.'s. Denn wenn nach letzterem der wegen jugendlichen Alters von der civilrechtlichen Verantwortlichkeit Befreite gleichwohl aus Billigkeitsgründen zum Ersatz eines von ihm gestifteten Schadens herangezogen werden kann, so muß es um so gewisser möglich sein, einen Ersatzanspruch desselben nach billigem Ermessen zu kürzen oder zu beseitigen, wenn der ihm zugefügte Schaden von ihm mitverursacht oder vorzugsweise verursacht ist. Geht man von diesem Standpunkt aus, so muß man im vorliegenden Fall, wenn auch anzunehmen ist, daß dem 12jährigen H. M., der sich früher nur ausnahmsweise einmal an einer Kreissäge zu schaffen gemacht hatte, das richtige Verständnis für die Gefährlichkeit der Kreissäge mangelte und daß ihn daher eine civilrechtliche Verantwortlichkeit für sein Handeln nicht trifft (zu vgl. § 828 Abs. 2 B.G.B.'s), zur Anwendung des § 254 B.G.B.'s gelangen.

Urteil des I. Civilsenats vom 15. Mai 1903 i. S. Proß g. Metzler.

34.

1. Rechtliche Natur der Uebernahme des Delcredere für eine fremde Schuld.

2. Haftung des Uebernehmers eines solchen Delcrederes, wenn der Schuldner schon zur Zeit der Uebernahme seine Zahlungen eingestellt hatte?

Am 3. Oktober 1901 hat Beklagter das Delcredere für Accepte des H. B. im Betrag von 8548 Mk. 50 Pf. gegenüber der Klägerin auf deren Antrag übernommen. H. B. hat am 2. Oktober 1901 seine Zahlungen eingestellt. Zufolge Arrangements mit seinen Gläubigern zahlte er diesen, und so auch der Klägerin 70 % ihrer Forderungen. Auf Klage der Klägerin ist Beklagter zur Zahlung der weiteren 30 % an den 8548 Mk. 50 Pf. verurteilt worden.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Der Klaganspruch stützt sich auf eine Vereinbarung der Parteien, nach welcher der Beklagte gegen ein Entgelt (eine „Prämie") der Klägerin gegenüber die Haftung für den Ausfall übernommen hat, den diese etwa hinsichtlich gewisser von ihr — wie anzunehmen — als Ausstellerin in Umlauf gesetzter, mit dem Accept des B. versehenen Wechsel bei B. erleiden sollte. Die Haftung betraf also die Befriedigung der der Klin. aus den Wechselaccepten gegen B. erwachsenen Forderungen auf Bezahlung der acceptierten Wechselsumme sowie dessen, was sie etwa wegen Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeiten durch B. nach Wechselrecht zu beanspruchen hatte (W. O. Art. 23, 81). Dieser Zusammenhang der vom Bekl. übernommenen Haftung mit den Forderungen der Klin. gegen einen Dritten, B., legt die Auffassung der Vereinbarung der Parteien als einer Bürgschaft nahe, und es würde natürlich dieser Auffassung der Umstand, daß die Uebernahme der Haftung gegen Entgelt erfolgt ist, nicht im Wege stehen. Allein bei der Bürgschaft verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des letzteren einzustehen (B.G.B. § 765); der Bürge tritt also neben den Schuldner in dem Sinne, daß die ihm obliegende Leistung die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners zum Inhalt hat; die Forderung des Gläubigers gegen den Bürgen bildet ein Accessorium der Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner (Hauptschuldner) und geht insbesondere bei einer Uebertragung dieser Forderung ohne weiteres auf den neuen Gläubiger über (B.G.B. § 401). Anders bei der gegenwärtigen Vereinbarung der Parteien. Die hienach dem Beklagten obliegende Leistung hatte nicht die Erfüllung der dem B. der Klägerin gegenüber aus den Wechselaccepten erwachsenen Verbindlichkeiten, sondern den Ersatz des der Klägerin etwa durch die Nichterfüllung dieser Verpflichtungen entstehenden Vermögensschadens zum Inhalt; die Verpflichtungen, welche auf seiten des Bekl. durch die Vereinbarung der Parteien begründet werden sollten, trugen mithin gegenüber

den Verbindlichkeiten des B. rechtlich einen durchaus selbständigen Charakter[1]). Bildete aber der Ersatz des etwa der Klägerin durch die Nichterfüllung der B.'schen Acceptverpflichtungen erwachsenden Vermögensschadens den Inhalt der vom Beklagten gegen Entgelt übernommenen Haftung, so ist in Uebereinstimmung mit dem Unterrichter und den Parteien davon auszugehen, daß auf diese Vereinbarung die Merkmale des Versicherungsvertrags zutreffen, — d. h. eines Vertrags, vermöge dessen ein Teil gegen Entgelt eine Leistung an einen anderen für den Fall des Eintritts eines künftigen ungewissen und, jedenfalls regelmäßig, letzteren schädigenden Ereignisses verspricht.

Unstreitig hatte nun B. am Tag vor dem Zustandekommen des Versicherungsvertrags seine Zahlungen eingestellt, und es erhebt sich die Frage, ob nicht schon im Hinblick hierauf — ganz abgesehen davon, ob der Klin. beim Vertragsabschluß diese Zahlungseinstellung bekannt war — eine Haftung des Bekl. für den der Klin. hinsichtlich der Accepte bei B. erwachsenen Verlust ausgeschlossen ist. Allerdings ist es ein wesentliches Merkmal des Versicherungsvertrags, daß der Versicherer für den Fall des Eintritts eines künftigen ungewissen schädigenden Ereignisses zu einer Vermögensleistung sich verpflichtet. Man könnte aber schon in der Richtung Zweifel erheben, ob überhaupt mit der Zahlungseinstellung des B. die Tatsache eines der Klin. erwachsenen Ausfalls an ihren Accepten gegeben sei, ob diese Tatsache nicht erst dann als eingetreten anzusehen wäre, wenn entweder die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zu keiner vollen Befriedigung des Gläubigers geführt hätte oder wenigstens Gläubiger und Schuldner darüber einig gewesen wären, daß eine solche Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners nicht zu erlangen sei. Wenn man jedoch auch angesichts der zeugeneidlichen Angaben des B., wonach dieser bereits am Tag vor dem Vertragsabschluß

1) vergl. hiezu auch Entsch. des ROHG. Bd. 5 S. 335; Ehrenberg, Versicherungsrecht, Bd. 1 S. 64.

seine Schulden nicht mehr voll decken konnte, davon ausgeht, daß schon mit der Tatsache der Zahlungseinstellung des B. für die Klägerin der Ausfall an ihren Forderungen aus den Accepten gegeben, mithin zur Zeit des Abschlusses des Versicherungsvertrags der Eintritt des Ereignisses, dessen schädliche Folgen von der Klin. durch die Versicherung abgewendet werden sollten, bereits objektiv gewiß war, so bedarf es doch zunächst noch einer Untersuchung darüber, was unter der ein wesentliches Merkmal des Versicherungsvertrags bildenden Ungewißheit des schädigenden Ereignisses zu verstehen ist, ob namentlich Ungewißheit nicht auch dann vorliegt, wenn das schädigende Ereignis zwar schon eingetreten, aber dessen Eintritt den Parteien, speziell dem Versicherungsnehmer nicht bekannt geworden ist, so daß sie bei Eingehung des Versicherungsvertrags das betr. Ereignis für ein in der Zukunft möglicher Weise eintretendes gehalten haben. Der Vorderrichter nimmt auch in letzterem Fall Gültigkeit des Versicherungsvertrags an, wobei er diese Ansicht als die in der Literatur und Rechtsprechung allgemein vertretene bezeichnet und auf die hiemit übereinstimmende, in H.G.B. § 785 für die Seeversicherung gegebene Bestimmung hinweist. Hiegegen wendet sich der Bekl. in der Berufungsinstanz und will die Bestimmung in H.G.B. § 785 lediglich als eine gerade für die Seeversicherung gegebene Ausnahmevorschrift angesehen wissen [1]).

Was bei Versicherungsverträgen in dem hier in Frage stehenden Punkt die Regel bildet, ist bei der Mannigfaltigkeit der für eine Versicherung möglicherweise in Betracht kommenden Gegenstände und Gefahren kaum zu entscheiden.

1) vgl. hiezu einerseits — außer H.G.B. § 785 und Preuß. Allg. Landr. Tl. 2 Tit. 8 §§ 1953, 2025, 2026, 2027, 2028, 2200 — Lewis, Lehrb. d. Versicherungsrechts S. 30, 31; Stobbe-Lehmann, deutsches Privatrecht Bd. 3 S. 389; Goldschmidt, Handb. des Handelsrechts Bd. 1 S. 583, König in Endemanns Handb. des Handelsrechts Bd. 3 S. 746; andererseits Vivante in Goldschmidts Zeitschr. für das ges. Handelsrecht Bd. 39 S. 481 ff.; Ehrenberg a. a. O. S. 324, 325.

Vielmehr muß die Entscheidung auf Grund des Inhalts des einzelnen Versicherungsvertrags getroffen werden. In dieser Hinsicht ist nun hier vor allem zu berücksichtigen, daß die Klin. durch den Vertrag der Parteien gegen die Gefahr eines Ausfalls bezüglich ihrer Wechselforderungen gegen B. gesichert werden sollte. Das schädigende Ereignis war also eine solche Gestaltung der Vermögenslage des Schuldners B., daß die Forderungen der Klin. gegen ihn nicht mehr oder wenigstens nicht mehr voll befriedigt werden konnten. Es ist nun einleuchtend, daß der Zeitpunkt des Eintritts einer derartigen Gestaltung der Vermögenslage des Schuldners für dritte und so auch den Gläubiger, regelmäßig schwer, ja überhaupt nicht wahrnehmbar ist, da ihnen eben der hiezu erforderliche genaue Einblick in die Verhältnisse des Schuldners fehlt, zumal wenn es sich, wie hier, um eine Person handelt, die in den mannigfaltigsten Geschäftsbeziehungen steht; und gerade die Abwendung bezw. Verminderung der sich aus der mangelnden sicheren Kenntnis der Verhältnisse des Schuldners ergebenden Gefahren für den Gläubiger ist es, auf welche ein Versicherungsvertrag wie der hier vorliegende abzielt. Hienach muß für Versicherungsverträge der hier in Rede stehenden Art — ähnlich wie bei der Transport-, insbesondere der Seeversicherung, bei welcher die Beteiligten häufig ebenfalls zur Zeit des Abschlusses des Versicherungsvertrags über die Frage des Eintritts eines Schadens nicht unterrichtet sind[1]) — in der Regel als der Willensmeinung der Kontrahenten entsprechend angenommen werden, daß der Versicherer für einen Ausfall des Versicherten hinsichtlich der versicherten Forderung haftbar sein soll nicht bloß dann, wenn künftighin erst die den Ausfall bewirkende Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners eintritt, sondern auch schon dann, wenn der Schaden zwar bereits vor Abschluß des Vertrags eingetreten war, hievon aber zur Zeit des Abschlusses die Parteien keine Kenntnis gehabt haben.

1) vgl. hiezu Vivante und Ehrenberg a. a. O.

Würde man die Haftung auf den ersterwähnten Fall beschränken, so würde dies zu eigentümlichen Konsequenzen führen; dem Versicherer stünde z. B. auch wenn geraume Zeit nach Eingehung der Versicherung die Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners zur Deckung der Forderung an den Tag käme, noch die Möglichkeit offen, durch Erbringung des Nachweises, daß diese Vermögensunzulänglichkeit in Wirklichkeit objektiv schon vor Eingehung des Versicherungsvertrags vorhanden gewesen sei, sich seiner Verpflichtung zu entziehen; oder man vergegenwärtige sich den Fall, daß zwar zur Zeit der Eingehung des Vertrags eine Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners bereits eingetreten war, daß sich aber nachher die Vermögenslage des Schuldners noch verschlechtert hat; von dem Standpunkt, der die objektive Ungewißheit als maßgebend erachtet, müßte man folgerichtig dazu gelangen, eine Haftung des Versicherers für den etwa nach Abschluß des Versicherungsvertrags noch weiter entstehenden Ausfall als begründet zu erachten, dessen Berechnung natürlich zu großen Schwierigkeiten führen würde. Eine andere Auffassung des vorliegenden Versicherungsvertrags ist auch nicht nach der Korrespondenz der Parteien, aus welcher sich der Inhalt des zwischen ihnen abgeschlossenen Vertrags ergibt, gerechtfertigt (wie weiter ausgeführt wird).

Urteil des II. C.S. vom 7. Mai 1903 i. S. Schauffler gegen Rheinmühlenwerke.

35.

Zur Auslegung des § 66 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874/6. Mai 1880 und der hiezu ergangenen Ausführungsbestimmungen des K. Württ. Staatsministeriums vom 18. Juli 1890.

Der Kläger war von der K. Generaldirektion der Staatseisenbahnen dem bautechnischen Bureau mit Wirkung vom 1. September 1900 ständig zugeteilt mit Taggeld von 6 Mk. 50 Pfg. und mit beiderseitiger vierteljähriger Kündigung. Am 1. April 1902 hat der Kläger seine Stellung auf 1. Juli

1902 gekündigt; vom 1. Mai 1902 bis 25. Juni 1902 (56 Tage) war er zu einer militärischen Uebung einberufen und er verlangt nun die Fortbezahlung seines Taggelds für diese Zeit im Betrage von 364 Mk., nachdem diese Fortbezahlung zwar vor der Kündigung von der Generaldirektion durch Erlaß vom 4. März 1902 verwilligt worden, nach der Kündigung aber mit Erlaß vom 8. April 1902 wieder rückgängig gemacht worden war. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen.

Gründe:

Es fragt sich zunächst, ob der Kläger als Staatsbeamter anzusehen ist im Sinne des § 66 des Reichs-(Militär)Gesetzes vom 2. Mai 1874, das insoweit mit der Fassung vom 6. Mai 1880 übereinstimmt.

Das Gesetz gibt keine Bestimmung des Begriffs eines Staatsbeamten und auch aus andern Reichsgesetzen kann keine für dieses Gesetz ohne weiteres gültige Begriffsbestimmung entnommen werden, denn die in § 359 St.G.B. und § 1 des Reichsbeamtengesetzes gegebenen Bestimmungen sind ausdrücklich auf diese Gesetze beschränkt. Es ist dort von „Anstellung" und „Anstellung im Dienste eines Staates" die Rede und entsprechend wird auch in der Rechtslehre das öffentlich rechtliche Dienstverhältnis als das Wesentliche für den Begriff des Beamten bezeichnet [1]), im Gegensatz gegen ein privatrechtliches Verhältnis, durch welches auch der Staat manche, namentlich untergeordnetere, Dienstleistungen sich verschafft.

In dem hier vorliegenden Verhältnis ist aber nichts zu finden, was die Eigenschaft eines öffentlich-rechtlichen ergeben würde. Es handelt sich um eine aushilfsweise Dienstleistung bei technischen Arbeiten des Eisenbahnbaues und -Betriebs und diese kann durch ein privatrechtliches Verhältnis in gleicher Weise beschafft werden. Auch die Art der Berufung zu diesen Diensten und die vereinbarte Beendigung enthält

1) Laband, Staatsrecht, 4. Aufl. Bd. I. § 44.

nichts, was über privatrechtliche Verhältnisse hinausweist. Im Gegensatz dazu steht der Fall, der in den Entsch. R.G. Bd. 51 S. 290 ff. behandelt ist, in welchem einerseits die Beeidigung (S. 295, 296, 301), andererseits die Mitwirkung bei einer staatlichen Leitung von Bauten (S. 299) die öffentlich rechtliche Beschaffenheit des Verhältnisses ergibt.

Diese Erwägungen führen also nicht zur Annahme eines Beamtenverhältnisses bei dem Kläger. Auch von einer eigentlichen „Anstellung" ist den Umständen nichts zu entnehmen zumal von einer Anstellung in dauerndem Dienstverhältnis zum Staat, wie sie gleichfalls für das Zutreffen des Beamtenbegriffs verlangt wird [1]). Es handelt sich nur um ständige Zuteilung an ein für technische Arbeiten eingerichtetes „Bureau". Eine amtliche Stelle, die dem Kläger übertragen, auf die er angestellt worden wäre, bestand vollends, nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, nicht. Es kann sich auch nicht um Uebernahme eines Staatsamts als eines rechtlich bestimmten Kreises von staatlichen Geschäften handeln [2]).

Hienach ist aus den vorliegenden Umständen im Zusammenhalt mit den reichsgesetzlichen Bestimmungen und der allgemeinen Rechtslehre ein Staatsbeamtenverhältnis des Klägers nicht zu entnehmen. Es liegt jedoch nahe, für die nähere Bestimmung des Begriffs eines Staatsbeamten in § 66 des R.M.G., unter welchem Landesbeamte (im Gegensatz zu Reichsbeamten) befaßt sind, die Vorschriften des Landesrechts über die Beamtenstellung heranzuziehen. Art. 1 des Württ. Gesetzes betreffend die Rechtsverhältnisse der Staatsbeamten vom 28. Juni 1876 bestimmt:

„Beamter im Sinne des gegenwärtigen Gesetzes ist jede Person, welche in dem Staats- oder öffentlichen Schuldienst durch den König oder durch eine höhere Staats- oder Schulbehörde angestellt, d. h. auf eine bestimmte Stelle ernannt

1) Zorn, Staatsrecht des deutschen Reiches 1895 Bd. I § 10 S. 296.

2) Zu vergl. Gaupp, Württ. Staatsrecht, 2. Aufl., § 43 I.

oder auf solcher bestätigt worden ist" — mit einigen hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen.

In Art. 118 des Gesetzes sind sodann noch andere „im Staatsdienst beschäftigte Personen" erwähnt. Diese fallen aber nach ausdrücklicher Bestimmung des Art. 118 nicht unter den in Art. 1 gegebenen Begriff des Beamten.

Trotz der erwähnten Beschränkung in Art. 1 gibt der Inhalt des Gesetzes, das die Stellung der Staatsbeamten grundsätzlich regelt, der Begriffsbestimmung des Art. 1 eine weitergreifende Bedeutung. Es kann aber hier dahingestellt bleiben, ob zur Ergänzung des § 66 R.M.G. der Art. 1 des Württ. Beamtengesetzes heranzuziehen ist, denn auch nach der Begriffsbestimmung dieses Art. 1 wäre der Kläger jedenfalls nicht als Beamter anzusehen, es würde vor allem an der bestimmten Stelle fehlen, auf die er ernannt wäre.

Die Verfügung des K. W. Staatsministeriums vom 18. Juli 1890 gibt die in § 66 Abs. 4 R.M.G. den Bundesregierungen vorbehaltenen näheren Bestimmungen und gewährt die fragliche Vergünstigung „den etatsmäßig angestellten oder ständig gegen Entgelt beschäftigten Staatsbeamten", und eine Verfügung des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten gibt nähere Ausführungen darüber, wer als ständig gegen Entgelt verwendeter Beamter anzusehen sei und behandelt dabei auch die im Sinne des Art. 118 Württ. Beamtengesetzes Beschäftigten unter weiteren Voraussetzungen als solche Beamte.

Es ist anzunehmen, daß die letztere Verfügung nicht über die erstere hinausgehen soll. Hier kann aber zunächst jedenfalls dahingestellt bleiben, ob und inwieweit die eine oder beide Verfügungen den Kreis der in § 66 R.M.G. vorgesehenen Personen erweitern. Es wäre davon auszugehen, daß der Beklagte eine solche Erweiterung zu Gunsten des Klägers gegen sich gelten lassen mußte. Daß der Kreis der zugelassenen Personen gegenüber § 66 R.M.G. beschränkt wäre, kommt schon nach den bisherigen Ausführungen nicht

in Frage. Für die Begründung des Anspruchs des Klägers aus den genannten Verfügungen kommt vor allem in Betracht, ob der Kläger ständig gegen Entgelt beschäftigt war. „Ständigkeit“ erfordert eine Aussicht auf Dauer; ein auf Fortdauer angelegtes, für die Dauer bestimmtes Verhältnis ist ständig. Dies wird namentlich bei unbestimmter Dauer zutreffen können, aber auch eine Dauer, deren Ende bereits in größerer Entfernung bestimmt ist, kann genügen. Wenn aber die Beendigung in kurzer Zeit feststeht, kann man ein bestehendes Verhältnis nicht mehr als für die Dauer bestimmt bezeichnen und ein ständiges Verhältnis, eine ständige Verwendung nicht mehr annehmen. Der Kläger war nun zwar dem bautechnischen Bureau „ständig“ zugeteilt worden, aber in der Folge war durch den Kläger selbst bestimmt worden, daß die Verwendung am 1. Juli 1902 aufhören sollte. Es fragt sich nun, in welcher Zeit die „Ständigkeit“ vorliegen muß. Nach dem Zusammenhang der fraglichen Bestimmungen mit der zeitweisen Einberufung zu militärischen Uebungen ist anzunehmen, daß die Ständigkeit der Verwendung zur Zeit der militärischen Uebung vorliegen muß. Zu dieser Zeit 1. Mai bis 15. Juni 1902 war durch den Kläger selbst der Zustand herbeigeführt, daß die Verwendung am 1. Juli 1902 aufzuhören hatte und es war also damals keine Aussicht auf längere Fortdauer des Verhältnisses mehr vorhanden, es lag keine ständige Beschäftigung mehr vor. Es kann dahingestellt bleiben, wie die Sachlage aufzufassen wäre bei einer Kündigung durch die Eisenbahnverwaltung, insbesondere ob mit einer solchen nicht unter Umständen gegen den Sinn und Zweck des § 66 R.M.G. verstoßen wäre aber im fraglichen Falle liegt nach den vom Kläger selbst gültig getroffenen Maßnahmen für die entscheidende Zeit keine ständige Verwendung mehr vor.

Durch das Wesen der Kündigungsfrist ist allerdings gegeben, daß die Dienststellung im allgemeinen bis zum Aufhören des Dienstverhältnisses dieselbe bleibt mit gleichen Bezügen u. s. w., nur mit der selbstverständlichen Ausnahme,

daß die Stellung eben eine gekündigte ist. Die Folge dieses Umstands ist aber unter den vorliegenden Verhältnissen, daß die Verwendung nicht mehr als eine ständige in der ausgeführten Bedeutung erscheint.

Zwar könnte geltend gemacht werden, daß es sich bei dem Merkmal „ständig" nicht um etwas bloß Tatsächliches und nach den Ereignissen Wechselndes handle, sondern um eine rechtlich festgelegte Eigenschaft der erlangten Dienststellung, die ihr von Anfang an zukommt und bis zum Aufhören der Stellung verbleibt. Nach dem Ausgeführten liegt aber bei solchen Verwendungen, wie die hier fragliche, keine Dienststellung von ausgeprägter Art mit festgelegter rechtlicher Eigenschaft vor, sondern eine tatsächliche, besondere, dem jeweiligen Bedarf angepaßte Einzelgestaltung, für welche die tatsächlichen Verhältnisse im Einzelfall maßgebend bleiben, so auch die jeweilige tatsächliche Aussicht auf Fortdauer.

Diese Auffassung wird auch bestätigt durch die Ausführungen der Verfügung des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten zu Ziff. 1 insbesondere b, welche die scheinbar entgegenstehenden zu a ergänzt. Hienach ist für den Zeitpunkt der militärischen Uebung das Vorliegen einer Anwartschaft auf dauernde Verwendung zu prüfen und zwar ist nach tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalls, wofür zu b Anhaltspunkte, wie anzunehmen ist, beispielsweise gegeben sind (Dienstalter, Befähigung u. s. w.), zu untersuchen, ob die Anwartschaft vorliegt.

Diese Prüfung ergibt nach dem oben Ausgeführten für den vorliegenden Fall, auch wenn keiner der beispielsweise gegebenen Anhaltspunkte eine Entscheidung treffen würde, daß die Verwendung des Klägers zu der maßgebenden Zeit keine ständige gewesen ist. Uebrigens könnte der eine der gegebenen Anhaltspunkte, daß die allgemeinen Verhältnisse des Dienstes die Anwartschaft gewähren müssen, auch dahin aufgefaßt werden, daß auf ein gekündigtes Dienstverhältnis wie das fragliche, diese Gewährung der Anwartschaft durch die allgemeinen Verhältnisse des Dienstes nicht zutrifft.

Auch durch die Verfügungen der Ministerien ist daher der Anspruch des Klägers nicht gerechtfertigt.

Durch den Erlaß der K. Generaldirektion vom 4. März 1902, der vor der Kündigung die Fortgewährung der Bezüge für die Zeit der militärischen Uebung aussprach, ist von dem Kläger nicht ein Recht auf diese Fortgewährung erworben worden. Es handelt sich hier namentlich nicht etwa um ein Vertragsangebot, das durch Annahme von seiten des Klägers bindend geworden wäre, übrigens auch in diesem Falle von der Voraussetzung einer Fortdauer der ständigen Verwendung abhängig gemacht wäre. Vielmehr liegt nur eine vorsorgliche Aeußerung über das Zutreffen der Bestimmung für den einzelnen Fall vor, welche durch die Veränderung der Verhältnisse hinfällig wurde und unbedenklich, wie geschehen, abgeändert werden konnte.

Urteil des I. Civilsenats vom 8. Mai 1903 i. S. Fiskus g. Jakob.

36.

1. Eintragung einer Vormerkung nach Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens zwecks Aufhebung einer Gemeinschaft.

2. Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung zwecks Einstellung eines solchen Zwangsversteigerungsverfahrens.

Die Parteien, Vater und Sohn, sind Miteigentümer eines Anwesens in G. In dem Kaufvertrag vom 28. März 1895, wodurch der Beklagte (Vater) die unabgeteilte Hälfte des Anwesens an den Kläger (Sohn) um 1450 Mk. verkaufte, lautet § 4: „Nach dem Tod des Verkäufers erhält der Sohn — die andere Hälfte der Gebäude und Gärten um die gleiche Summe von 1450 Mk.

Mit Beschluß vom 24. (ins Grundbuch eingetragen am 27.) Januar 1902 ordnete das Amtsgericht R. auf Antrag des Beklagten gemäß §§ 180. 181 des Zwangsversteigerungsgesetzes die Zwangsversteigerung des Anwesens zum

Zweck der Teilung der Gemeinschaft an. Auf Antrag des Klägers erließ das A.G. R. mit Beschluß vom 10. April 1902 eine einstweilige Verfügung, wodurch es „gemäß §§ 883. 885. B.G.B. und § 942 C.P.O." anordnete, für den Gläubiger (Kläger) sei im Grundbuch der Gemeinde G. eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung des Eigentums (gemäß dem angeführten § 4 des Kaufvertrags vom 28. März 1895) einzutragen. Diese Vormerkung ist erfolgt. Am 4. September 1902 beantragte Kläger weiter, dem Beklagten durch einstweilige Verfügung gemäß § 938 Abs. 2 C.P.O. zu untersagen, die in Rede stehenden, ihm (dem Beklagten) gehörigen Grundstücke zu veräußern, zu belasten oder zu verpfänden; ferner die Eintragung dieses Veräußerungsverbots im Grundbuch anzuordnen und das eingeleitete Liegenschaftsversteigerungsverfahren einstweilen einzustellen.

Mit Beschluß vom 6. September 1902 erließ das AG. R. „gemäß §§ 935, 937 Abs. 2, 938, 942 C.P.O." eine einstweilige Verfügung des vom Kläger beantragten Inhalts. Innerhalb der ihm vom AG. (auf Antrag des Beklagten) gestellten Frist hat Kläger gegen den Beklagten Klage erhoben mit dem Antrag: zu erkennen, daß die einstweiligen Verfügungen des AG. R. vom 10. April und 6. September 1902 zulässig seien.

Das Berufungsgericht hat die beiden einstweiligen Verfügungen für rechtmäßig erklärt, diejenige vom 6. September übrigens nur, soweit durch sie die Einstellung des auf Antrag des Beklagten eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahrens bis zur gerichtlichen Entscheidung über dessen Zulässigkeit angeordnet worden ist.

Gründe:

Der Antrag des Klägers auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des dem Kläger nach seiner Behauptung zustehenden Anspruchs auf Einräumung des Eigentums an der Anwesenshälfte des Beklagten war — wenn zunächst davon abgesehen wird, daß ein Zwangsversteigerungsver-

fahren in betreff des Anwesens eingeleitet war — gerechtfertigt. Der § 4 des Kaufvertrags vom 28. März 1895 erscheint geeignet, einen — künftigen oder bedingten — Anspruch des Klägers i. S. des § 883 B.G.B. zu begründen. Nach § 885 B.G.B. kann die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen werden, zu deren Erlassung nicht erforderlich ist, daß eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs glaubhaft gemacht wird. Eine solche einstweilige Verfügung kann nach § 942 Abs. 2 C.P.O. das Amtsgericht der gelegenen Sache auch dann erlassen, wenn kein dringlicher Fall vorliegt. Die einstweilige Verfügung vom 10. April 1902 war somit rechtmäßig, wenn ihrer Erlassung nicht der Umstand im Weg stand, daß in betreff des den Parteien gemeinsam gehörigen Anwesens zwecks Aufhebung der Gemeinschaft das Zwangsversteigerungsverfahren eingeleitet und der betreffende Beschluß im Grundbuch eingetragen war. Das ist aber nicht der Fall. Der fragliche Beschluß gilt zu Gunsten des Beklagten als Beschlagnahme des Grundstücks und hat als solche die Wirkung eines Veräußerungsverbots: §§ 180. 20. 23 Zw.Verst.Ges. Eine solche Beschlagnahme schließt aber ihrem Wesen nach nicht aus, daß noch nach ihrem Eintritt ein schon vorher bestehendes Recht im Grundbuch vorgemerkt wird; hiedurch wird die Rechtslage dessen, für den die Vormerkung erfolgt, nicht verändert, es geschieht dadurch nichts, was einer „Veräußerung" ähnlich wäre, also gegen das in der Beschlagnahme liegende Veräußerungsverbot verstieße. Ob der vorgemerkte Anspruch des Klägers als ein „der Versteigerung entgegenstehendes Recht" angesehen werden könnte, ist fraglich, weil die Tragweite dieses Anspruchs sehr zweifelhaft ist; bejahendenfalls könnte aber Kläger, auch wenn der Anspruch nicht vorgemerkt wäre, sein Recht im Zwangsversteigerungsverfahren anmelden und den Versuch machen, auf Grund dieses Rechts die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens herbeizuführen: § 9 Ziff. 2; § 37 Ziff. 4, 5 Zw.Verst.Ges., andererseits gilt Kläger trotz der

Vormerkung in dem eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren als „Beteiligter“ nur, wenn er das Recht bei dem Vollstreckungsgericht anmeldet, weil es „zur Zeit der Eintragung des Vollstreckungsvermerks“ nicht durch Eintragung gesichert war: § 9 Ziffer 1 und 2 a. a. O. Die Vormerkung hat also für das im Gang befindliche Zwangsversteigerungsverfahren keine Bedeutung und beeinflußt es nicht; ihre Anordnung durch einstweilige Verfügung stellt sich aber nicht als unzulässig dar, da ihr keine gesetzliche Bestimmung entgegensteht, und mittels der durch die §§ 766 und 771 C.P.O. an die Hand gegebenen Rechtsbehelfe, worauf die Civilkammer den Kläger verwiesen hat, der Kläger einen der Vormerkung gleichstehenden Erfolg nicht herbeiführen könnte. Die Vormerkung kann möglicher Weise später einen Wert für den Kläger haben, wenn etwa das Zwangsversteigerungsverfahren nicht zur Durchführung gelangen sollte.

Aber auch die einstweilige Verfügung vom 6. September 1902 war nicht unzulässig. Zunächst ist ihre Gültigkeit nicht davon abhängig, ob das A.G. R. den Fall mit Recht für dringend und sich deshalb für zuständig erachtet hat [1]). Sodann mag der herrschenden, auch vom Reichsgericht gebilligten Ansicht beizutreten sein, daß die Einstellung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens nicht im Weg einer einstweiligen Verfügung herbeigeführt werden kann. Daraus folgt aber nicht, daß das gleiche auch gilt in betreff des Zwangsversteigerungsverfahrens der §§ 180 ff. Zw.Verst.Ges. Zu den in § 180 für entsprechend anwendbar erklärten „Vorschriften des ersten und zweiten Abschnitts“ dieses Gesetzes gehört die Unzulässigkeit der Einstellung einer Zwangsversteigerung im Weg einstweiliger Verfügung nicht; diese Unzulässigkeit wäre vielmehr nur aus den Bestimmungen der C.P.O. über die Zwangsvollstreckung abzuleiten. Nun sagt aber die Denkschrift zum dritten Abschnitt — §§ 172 bis 184 — des Zw.Verst.Ges. — und die Kommentare dieses Gesetzes wieder-

1) s. Gaupp-Stein, Anm. I bei und in Note 2, zu § 942 C.P.O.

holen es —: „Der letzte Abschnitt des Entwurfs betrifft solche Fälle, in denen reichsgesetzlich die Versteigerung eines Vermögensgegenstands im Weg des rechtlichen Zwangs zugelassen wird, ohne daß eine Zwangsvollstreckung in diesen Gegenstand in Frage steht." Das ist auch zutreffend. Die Zwangsversteigerung zwecks Aufhebung einer Gemeinschaft erfordert nach § 181 Abs. 1 Zw.Verst.Ges. keinen vollstreckbaren Titel; sie erfolgt auf Grund des einseitigen Nachweises, daß der Antragsteller und dessen Gegner bezüglich des in Betracht kommenden Grundstücks in einer Gemeinschaft stehen; Sache des Antragsgegners ist es, den Nachweis zu erbringen, daß der Antrag auf Aufhebung der Gemeinschaft — überhaupt oder doch so, wie er gestellt ist, — unzulässig ist. Anders in den Fällen der Zwangsvollstreckung: hier muß der Gläubiger sich vor allem einen vollstreckbaren Titel verschaffen; hat er diesen erwirkt, so kann der Schuldner eine Einstellung der Zwangsvollstreckung auf Grund von Einwendungen gegen den festgestellten Anspruch nur erlangen, wenn er gleichzeitig diese Einwendungen im Weg der Klage geltend macht: §§ 767. 769 C.P.O. Es ist verständlich, wenn die auf Grund eines vollstreckbaren Urteils (oder sonstigen Titels) betriebene Zwangsvollstreckung nicht mittels einer einstweiligen Verfügung soll eingestellt werden können, die unter Umständen ein Amtsgericht ohne Glaubhaftmachung gegen Sicherheitsleistung erlassen könnte. Aber in den Fällen des Zwangsversteigerungsverfahrens zwecks Teilung einer Gemeinschaft ist nicht einzusehen, warum eine auf einseitigen Antrag eines Beteiligten — ohne daß ein vollstreckbarer Titel zu dessen Gunsten vorliegt — angeordnete so einschneidende Maßregel wie die des Zwangsversteigerungsverfahrens nicht auch auf Grund einseitigen Antrags des Gegners nach Maßgabe der für einstweilige Verfügungen geltenden Grundsätze sollte eingestellt werden können. Die §§ 767 (769) 771 C.P.O. sind nicht entsprechend anwendbar: § 767 nicht, weil es sich beim Widerspruch des Antragsgegners nicht um eine Einwendung gegen einen

auf vollstreckbarem Titel beruhenden Anspruch handelt und nicht ersichtlich ist, in welcher Weise der Abs. 2 des § 767 entsprechend sollte angewendet werden können, § 771 nicht, weil der Antragsgegner im Zwangsversteigerungsverfahren zwecks Aufhebung einer Gemeinschaft kein „Dritter" ist, vielmehr dem Schuldner (im Zwangsvollstreckungsverfahren) entspricht und weil der Widerspruch gegen die Zwangsversteigerung sich nicht auf ein die Veräußerung hinderndes Recht des Antragstellers „an dem Gegenstand" der Zwangsversteigerung zu stützen braucht, vielmehr auch ein Verpflichtungsverhältnis des Antragstellers zum Antragsgegner zur Begründung eines solchen Widerspruchs genügen kann.

War sonach die einstweilige Verfügung vom 6. September 1902 nicht für unzulässig zu erachten, so fragt sich ob ihre Erlassung sachlich gerechtfertigt war, ob die Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung i. S. des § 935 C.P.O. vorlagen. (Dies wird sodann bejaht.)

Urteil des I. Civilsenats vom 13. März 1903 i. S. Strohmaier g. Strohmaier.

37.

Verteilung von Nutzungsüberschüssen, die in einem mit einem Zwangsversteigerungsverfahren zusammentreffenden Zwangsverwaltungsverfahren erzielt worden sind.

Am 23. Nov. 1901 ist die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung eines Anwesens angeordnet worden, worauf für die Klin. an 4. Stelle eine Hypothek von 25 000 Mk., für die Bekl. an 5. Stelle eine Hypothek von 40 000 Mk. eingetragen war. Bei der Zwangsversteigerung vom 19. Februar 1902 verblieb das Anwesen der Klin. um 140 000 Mk.; ihr Durchfall betrug über 8000 Mk.; die ihr nachstehenden Hypothekengläubiger, darunter die Bekln., fielen vollständig durch. Die Zwangsverwaltung ergab für die Zeit vom 23. November 1901 bis 19. Februar 1902 einen Nutzungs-

überschuß von 952 Mk. 3 Pf. Da das Amtsgericht davon ausging, daß die Hypothekenforderungen ersten, zweiten und dritten Ranges mit Hauptsumme, Zinsen und Kosten vollständig im Zwangsversteigerungsverfahren zur Befriedigung gekommen seien und die Hypothekengläubigerin vierten Ranges, nämlich die Klägerin, durch die im Zwangsversteigerungsverfahren auf sie entfallene Summe von 17 346 Mk. 2 Pf. gemäß § 12 Z.V.G. zunächst um ihre Kostenersatzforderung von 62 Mk. 23 Pf., sodann um ihre Zinsenansprüche von 1097 Mk. 25 Pf. und in Höhe des Restes um ihre Kapitalforderung als befriedigt gelten müsse, so wurde in dem amtsgerichtlichen Teilungsplan vom 5. Mai 1902 jener Nutzungsüberschuß von 952 Mk. 3 Pfg. den Hypothekengläubigern fünften Ranges, nämlich den beiden im Recht gleichstehenden Beklagten, für ihre Ansprüche auf laufende Zinsen und nach Verhältnis der Höhe dieser ihrer Zinsansprüche zugeteilt. Mit der Klage hat Klägerin Zuteilung dieser 952 Mk. 03 Pf. an sie verlangt. Diesem Antrag hat das Berufungsgericht entsprochen aus folgenden

Gründen:

Die Klin. bemängelt in erster Linie die Annahme des Vorderrichters, daß im Zwangsvollstreckungsverfahren bei der Verteilung der aus dem zwangsweise verwalteten Grundstück gezogenen und nach Bestreitung der Ausgaben der Verwaltung und der Kosten des Verfahrens verbleibenden Nutzungsüberschüsse die Realgläubiger — § 10 Ziff. 4 Z.V.G. — nicht bloß mit ihren während des Zwangsverwaltungsverfahrens fällig gewordenen Zinsansprüchen, sondern überhaupt mit den laufenden Beträgen wiederkehrender Leistungen, also nach § 13 Z.V.G. mit den Ansprüchen auf diejenigen Zinsbeträge, welche auf die Zeit von dem letzten Fälligkeitstermin vor Anordnung der Zwangsverwaltung bis zur Verteilung der Nutzungsüberschüsse entfallen, berücksichtigt werden müssen; daß es also nicht darauf ankomme, ob in die Dauer des Zwangsverwaltungsverfahrens hinsichtlich der Kapitalzinsen ein Fälligkeitstermin falle oder nicht. Demgegenüber

vertritt die Klägerin die Ansicht, daß die Beklagten mit ihren Ansprüchen auf laufende Zinsen im Zwangsvollstreckungsverfahren unberücksichtigt bleiben müssen, weil diese Ansprüche erst auf 1. Juli 1902, also einen lange nach Beendigung der Zwangsverwaltung eingetretenen Termin fällig geworden seien. Der Klin. kann zugegeben werden, daß der Wortlaut des § 155 Abs. 2 Z.V.G., wonach die Nutzungsüberschüsse auf die Ansprüche der 2., 3. und 4. Klasse — § 10 Z.V.G. — verteilt werden „nur insoweit, als laufende Beträge wiederkehrender Leistungen zu berichtigen sind“, sich für ihre Ansicht anführen läßt, und es kann auch zu deren weiterer Unterstützung auf die Vorschrift des § 157 Abs. 1 Z.V.G. hingewiesen werden, wornach die Auszahlungen der Beträge an die Berechtigten „zur Zeit ihrer Fälligkeit“ zu erfolgen haben. Indessen scheint das Gesetz einen genügenden Anhalt dafür nicht an die Hand zu geben, daß der Ausdruck „zu berichtigen sind“ in der von der Klägerin gewollten, starken Weise zu betonen und dahin auszulegen sei, daß bei Verteilung der Nutzungsüberschüsse nur fällige Zinsansprüche Berücksichtigung finden können. Wäre aber auch anzunehmen, daß das Gesetz nur den fälligen Zinsansprüchen das Recht der Teilnahme an den Nutzungsüberschüssen einräumen wollte, so würde diese Beschränkung doch zunächst nur für den vom Gesetz vorgesehenen, in § 156 geregelten Teilungsplan hinsichtlich der zukünftig zu erzielenden Nutzungen gelten können, mit denen unter anderem auch die laufenden Zinsansprüche der Realgläubiger je nach Eintritt ihrer Fälligkeit befriedigt werden sollen. Hier aber handelt es sich um den vom Gesetze nicht geregelten Fall, wo die Zwangsverwaltung durch die Zwangsversteigerung und den Zuschlag der verwalteten Grundstücke ihr Ende erreicht hat, eine planmäßige Feststellung der Art der Verwendung der künftig zu erzielenden Nutzungsüberschüsse nicht erfolgt ist und der amtsgerichtliche Teilungsplan sich darauf beschränken mußte, die Ergebnisse der bisherigen, durch den Zuschlag der Grundstücke an die Ersteherin beendeten Verwaltung an die Berechtigten zu

verteilen. Daß auch in einem solchen Falle nur die vor dem sachlichen Ende der Verwaltung, also vor dem Zuschlag, fällig gewordenen laufenden Zinsansprüche an den Nutzungsüberschüssen teilnehmen, in Ermanglung von solchen fälligen Zinsansprüchen ein Nutzungsüberschuß daher zur Befriedigung der Ansprüche fünfter Klasse — § 10 Z. 5 Z.V.G. — zu verwenden sei, unterliegt erheblichen Bedenken. Eine Entscheidung dieser Frage ist jedoch hier nicht geboten, da der Anspruch der Klin. aus anderem rechtlichen Gesichtspunkt sich als begründet darstellt.

Mit Recht hat der Vorderrichter angenommen, daß, wenn auch die Hypotheken der Beklagten durch den Zuschlag der Grundstücke zum Erlöschen gekommen seien, dieses Erlöschen ihrem Anspruch auf Teilnahme an den Nutzungsüberschüssen nicht entgegenstehe, da sie zur Zeit des Zuschlags Realgläubiger gewesen seien und für die Rechte der bei der Zwangsverwaltung beteiligten Gläubiger der Zeitpunkt des Verkaufs der Grundstücke maßgebend bleibe. Bei richtiger Durchführung dieses zutreffenden Gedankens kann man aber nicht mit dem Vorderrichter zu dem Ergebnis der völligen Klagabweisung gelangen. Der Zeitpunkt des Zuschlags blieb nicht bloß für die Rechte der Beklagten, sondern auch für diejenigen der Klägerin maßgebend. Ebenso wie der Vorderrichter den beiden Beklagten den Anspruch auf Teilnahme an den Nutzungsüberschüssen nach Maßgabe der von ihnen zur Zeit des Zuschlags erworbenen Rechte zuerkannte, mußte er auch das von der Klägerin zu dieser Zeit erworbene Recht anerkennen, für ihre Forderung von laufenden Zinsen, also der von dem letzten Fälligkeitstermin vor der Anordnung der Verwaltung bis zum Zuschlag zu berechnenden Zinsen, aus den Nutzungsüberschüssen nach der in § 10 f. Z.V.G. aufgestellten Rangordnung befriedigt zu werden. Dieses Recht konnte der Klägerin nicht dadurch verloren gehen, daß sie auch in dem neben dem Zwangsvollstreckungsverfahren hergehenden Zwangsversteigerungsverfahren als Real- und betreibende Gläubigerin beteiligt war und zu einer teilweisen

Befriedigung für ihre Ansprüche gelangte. Das Zwangsversteigerungsverfahren und das Zwangsverwaltungsverfahren bildeten zwar je ein besonderes, von dem andern unabhängiges Verfahren. Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit der beiden Verfahren ist aber keine unbegrenzte, vielmehr ist, wie sich von selbst versteht und wie in § 48 der Justizministerialverfügung vom 10. Oktober 1899 betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (Amtsbl. S. 379) ausdrücklich vorgeschrieben ist, in dem einen Verteilungsverfahren auf das andere Rücksicht zu nehmen. Der im Versteigerungsverfahren der Klägerin zugeteilte Empfang von 17 346 Mk. 02 Pfg. konnte daher nicht zu ihrem Nachteile auf diejenigen Zinsansprüche in Anrechnung gebracht werden, für welche sie ein Befriedigungsrecht aus den Nutzungsüberschüssen der Zwangsverwaltung erworben hatte, vielmehr war dieser Empfang nur auf die Ansprüche der Klägerin zu verrechnen, mit denen sie im Verwaltungsverfahren unbefriedigt blieb. Die Erwägung, daß für die Ansprüche der Beklagten auf Teilnahme an den Nutzungsüberschüssen der Zeitpunkt des Zuschlags maßgebend bleibe, hätte daher den Vorderrichter dahin führen müssen, aus demselben Grunde auch der Klägerin für ihre Forderung von laufenden Zinsen aus diesen Nutzungsüberschüssen Befriedigung zu gewähren und zwar, da sie als Hypothekengläubigerin 4. Rechts nach § 11 Z.V.G. auch im Zwangsverwaltungsverfahren den Beklagten, deren Hypotheken miteinander den 5. Rang einnahmen, im Range vorging, vor dem entsprechenden Anspruch der Beklagten. Die Forderung der Klägerin ist nach dem von ihr vorgelegten Zeugnis des Grundbuchamtes auf 1. April und 1. Oktober verzinslich gewesen; die laufenden Zinsansprüche der Klägerin sind daher vom 1. Oktober 1901 als dem letzten Fälligkeitstermine vor Anordnung der Zwangsverwaltung zu berechnen und hätten in ihrem bis zum 19. Februar 1902 aufgelaufenen Betrage vor der laufenden Zinsenforderung der Beklagten zum Zug kommen müssen. Allein es muß in der Verfolgung des Gedankens, daß für die Rechte der an dem Zwangsverwaltungs-

verfahren beteiligten Gläubiger der Zeitpunkt des Zuschlags maßgebend bleibe, noch ein Schritt weiter gegangen werden. Es ist schon hervorgehoben worden, daß, wenn über ein Grundstück die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung angeordnet ist, in dem einen Verteilungsverfahren auf das andere Rücksicht zu nehmen ist. Diese notwendige Rücksichtnahme hätte erfordert, daß im Zwangsversteigerungsverfahren bei Aufstellung des Teilungsplanes diejenigen Beträge in Rechnung gestellt werden, mit welchen die Realgläubiger für ihre laufenden Zinsansprüche aus den Ergebnissen der Zwangsverwaltung Befriedigung zu fordern hatten. Wäre dies berechnet worden, so hätte der ganze Nutzungsüberschuß von 952 Mk. 03 Pf. dem ersten Hypothekengläubiger, nämlich dem A. D. V. V., als teilweise Deckung seiner laufenden Zinsansprüche, die sich bei einer Forderung von 56 000 Mk., einem Zinssatz von 4 % und zwei halbjährlichen Zinsterminen vom 1. Januar und 1. Juli vom letzten Fälligkeitstermin vor Anordnung der Zwangsverwaltung, also vom 1. Juli 1901 bis zum 19. Februar 1902 auf 1408 Mk. 65 Pf. beliefen, und für welche der Versicherungsverein aus den Nutzungs-Ueberschüssen Befriedigung zu fordern vor allen anderen Hypothekengläubigern berechtigt war, zugeteilt, und dieser Realgläubiger im Zwangsversteigerungsverfahren außer mit seiner Kostenersatzforderung, seiner Forderung von rückständigen Zinsen und seinem Kapitalanspruch nur mit dem im Zwangsverwaltungsverfahren ungedeckt gebliebenen Rest ihrer laufenden Zinsenforderung berücksichtigt werden müssen. Die Folge dieser dem Gesetz entsprechenden Behandlung wäre gewesen, daß die Ersteherin, nämlich die Klägerin, einen um 952 Mk. 03 Pf. geringeren Betrag an die erste Hypothekengläubigerin auf deren Forderung an rückständigen und laufenden Zinsen hätte bezahlen müssen, als ihr in dem Teilungsplan des Versteigerungskommissärs zur Zahlung auferlegt und von ihr tatsächlich bezahlt worden ist, und daß in weiterer Folge der in diesem Teilungsplan auf 8813 Mk. 46 Pf. berechnete Durchfall der Klägerin sich

nur auf 7861 Mk. 43 Pf. belaufen hätte. Zufolge der Außerachtsetzung der gebotenen Rücksichtnahme auf das Ergebnis der Zwangsverwaltung hat die Klägerin eine um 952 Mk. 03 Pf. zu hohe Barzahlung zu leisten gehabt und dadurch einen um diesen Betrag zu hohen Durchfall an ihrer Hypothekenforderung samt Zinsen und Kosten erlitten; nur auf dieser unrichtigen Grundlage aber konnte im Zwangsverwaltungsverfahren ein für die Hypothekengläubiger fünften Ranges zur Verfügung stehender Nutzungsüberschuß herausgerechnet und diesen Gläubigern im Teilungsplane des Amtsgerichts zugewiesen werden. Würde dieser Teilungsplan vollzogen, so würde dadurch eine Bereicherung der Beklagten ohne rechtlichen Grund auf Kosten der Klägerin bewirkt werden. Zur Vermeidung dieser Folge und in Betätigung der gebotenen Rücksichtnahme im einen Teilungsverfahren auf das andere muß der amtsgerichtliche Teilungsplan auf den Widerspruch der Klägerin und entsprechend ihrem Antrag, der sich zwar nicht ausdrücklich auf den zuletzt erwähnten rechtlichen Gesichtspunkt stützt, in den von der Klägerin zur Begründung ihrer Klage angeführten Tatsachen aber seine Rechtfertigung findet, abgeändert werden.

Urteil des I. Civilsenats vom 20. Febr. 1903 i. S. Württ. Hohenzoll. Brauereiges. gegen Neumann u. Picard.

38.

Der Gerichtsstand des § 29 C.P.O. trifft nicht zu für eine Klage, womit ein Gläubiger eine ihm aus einem Vertrag mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zustehende Forderung gegen einen Gesellschafter geltend macht.

Kl. hatte einer Gesellschaft m. b. H. in Plüderhausen, der der Bekl. als Gesellschafter angehörte, eine Einlage von 15 000 Mk. gemacht. Im Konkurs der Gesellschaft erhielt er für diese Einlage nebst Zinsen bis zur Konkurseröffnung Befriedigung; da aber nach Durchführung des Konkurses noch ein Aktivvermögen von etwa 3000 Mk. übrig blieb,

verlangte Kl. vom Konkursverwalter auch noch Zahlung der Zinsen bis zum Tag der Rückzahlung des Kapitals der Einlage. Da der Konkursverwalter sich hiezu nur bereit erklärte, falls Bekl. zustimme, erhob Kl. gegen den in Frankfurt wohnhaften Bekl. beim L.G. Ellwangen Klage. Diese ist abgewiesen worden.

Gründe:

Den Gegenstand der Klage bildet nach den gestellten Anträgen einmal ein Anspruch auf Feststellung nämlich dahin, daß dem Kl. gegen die Firma O. M. und Cie. auf Grund des von ihm dieser Gesellschaft gegebenen verzinslichen Darlehens von 15000 Mk. die Zinsenforderung von 360 Mk. 61 Pfg. zustehe, des weiteren aber ein Leistungsanspruch, nämlich daß Bekl. in die Ausbezahlung dieses Betrags aus dem rechtlichen Gesellschaftsvermögen an den Kl. einzuwilligen habe. Hienach geht der Kl. selbst davon aus, daß er das Darlehen (bezw. die Einlage) von 15000 Mk. nicht etwa dem Bekl., sondern der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welche als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten hat und für deren Verbindlichkeiten den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet (§ 13 des Reichsges. vom 20. April 1892 in der Fassung der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. Mai 1898, vgl. Art. 11, 13 des Einf.Ges. zum H.G.B. vom 10. Mai 1897), gegeben hat und diese, nicht der Bekl., zur Bezahlung der fraglichen Darlehenszinsen verpflichtet ist, wobei hervorgehoben werden mag, daß zwar nach § 60 Abs. 1 Nr. 4 des angef. Reichsges. eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch die Eröffnung des Konkursverfahrens aufgelöst wird, daß dies aber nur hinsichtlich der auf Verfolgung des Gesellschaftszwecks gerichteten Tätigkeit (der „produktiven Seite der Gesellschaft") gilt, während die Gesellschaft zum Zweck der Befriedigung der Gläubiger und der Verteilung des etwaigen Ueberschusses an die Gesellschafter fortbesteht [1]). Auch im übrigen macht

1) vgl. Parisius-Crüger, das Reichsges., betr. die Gesellschaft mit besch. Haftung, 3. Aufl. S. 254; Hergenhahn-Lieb-

Kl. nicht geltend, daß ihm aus einem mit dem Bekl. abgeschlossenen Vertrag die in der Klage erhobenen Ansprüche gegen diesen zustehen. Es ist insbesondere unzutreffend, wenn der Unterrichter meint, die Klage stütze sich auf einen Darlehensvertrag, aus welchem nach der Behauptung des Kl. der Bekl. als Gesellschafter der Firma, mit der der Kl. kontrahiert hat, hafte. Vielmehr gründet der Kl. die Ansprüche darauf, daß der Bekl. als Gesellschafter verpflichtet sei, das nach der Zahlung der Konkursforderungen übrig bleibende Vermögen der Gesellschaft zur Befriedigung der sonstigen Forderungen und so auch der fraglichen Zinsforderung zu verwenden. Er leitet also die Ansprüche lediglich aus den gesetzlichen Bestimmungen her, nach welchen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern das Gesellschaftsvermögen haftet und dieses erst nach Tilgung bezw. Sicherstellung der Schulden der Gesellschaft zu verteilen ist (vgl. angef. Reichsges. §§ 13, 72, 73) — eine Begründung, die nur die Existenz einer Forderung des Kl. gegen die Gesellschaft, gleichviel ob dieselbe auf einem Vertrag oder einem anderen Rechtsgrund beruht, voraussetzt.

Hienach handelt es sich bei den im Streit befindlichen Verpflichtungen des Bekl. nicht um Feststellung des Bestehens einer Verbindlichkeit aus einem Vertrag, speziell dem Darlehensvertrag, oder um die Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit. Es bleibt daher für den Gerichtsstand nach C.P.O. § 29 kein Raum.

Urteil des I. Civilsenats vom 29. Januar 1903 i. S. Orthaus g. Rupp.

---

mann, dass. Reichsges. 3. Aufl. S. 126; Staub, Kom. z. H.G.B. bes. Aufl. S.880, 881 Anm. 7, 882 (für die Aktiengesellsch.); R.G. Bd. 3 S. 55, 5 S. 7 ff., 14 S. 418, 419; 15 S. 102; 16 S. 2; 24 S. 70; 28, S. 132.

39.

Ist eine gegen § 6 des Wettbewerbgesetzes verstoßende Handlung eine „unerlaubte Handlung" i. S. des § 32 C.P.O.?

Die Frage wurde bejaht aus folgenden

Gründen:

Nach § 6 des Wettbewerbgesetzes ist es nicht erlaubt, Behauptungen der dort bezeichneten Art zu verbreiten; denn der Verletzte kann „den Anspruch geltend machen, daß die Wiederholung oder Verbreitung der Behauptungen unterbleibe"; eine Handlung aber, deren Vornahme untersagt werden kann, ist eine solche, die überhaupt nicht vorgenommen werden soll, die somit nicht gestattet ist. Unerlaubt sind aber nicht bloß solche Handlungen, bezüglich deren dem Handelnden ein Verschulden zur Last fällt: die Uebertretungen des St.G.B. z. B. sind ohne Frage unerlaubte Handlungen, Bestrafung erfolgt aber wegen ihrer (nach weitverbreiteter, wenn nicht herrschender Ansicht), ohne daß dem Täter Vorsatz oder Fahrlässigkeit nachgewiesen zu werden braucht[1]). Ebenso ist die Verletzung der Rechte des Patentinhabers eine unerlaubte Handlung, die, auch wenn sie nicht vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt, einen Anspruch des Patentberechtigten auf Unterlassung erzeugt. Der Gesetzgeber ist nicht gehindert, eine Handlung schlechthin — ohne Rücksicht darauf, ob dem Handelnden ein Verschulden zur Last fällt — für unerlaubt zu erklären und an ihre Vornahme Ansprüche des dadurch in seinen Interessen Verletzten zu knüpfen, und das ist nun auch in § 6 des Wettbewerbgesetzes geschehen.

Der Gesetzgeber kann allerdings auch an erlaubte Handlungen Rechtsfolgen zu gunsten des dadurch Geschädigten knüpfen, wie dies in § 1 des Haftpflichtgesetzes und §§ 833. 835 B. G.B. geschehen ist: der Betrieb einer Eisenbahn, das Halten von Tieren und das Hegen von Wild sind zweifellos erlaubte Handlungen und doch kann aus ihnen eine

1) vgl. z. B. R.G. 38 Nr. 48 S. 184.

Schadensersatzpflicht des Betriebsunternehmers, des Tierhalters und Wildhegers entspringen, aber beim § 6 des Wettbewerbgesetzes ist — wie gezeigt — die Sachlage eine andere.

Nicht jede Klage, die durch eine unerlaubte Handlung veranlaßt ist, stellt eine „Klage aus einer unerlaubten Handlung" i. S. des § 32 C.P.O. dar. Vertragsverletzungen z. B. sind zweifellos nicht erlaubt; aber der durch eine Vertragsverletzung erzeugte Anspruch ist kein Anspruch aus einer unerlaubten Handlung, sondern ein Anspruch aus dem Vertrag, ein Anspruch, der seinen Rechtsgrund in dem Vertrag und nur seinen Anlaß in der unerlaubten Handlung hat; ebenso ist der Untersagungsanspruch des Patentberechtigten gegen denjenigen, der ohne (grobe) Fahrlässigkeit das Patent verletzt hat, kein Anspruch aus einer unerlaubten Handlung, sondern ein Anspruch, der nur seinen Anlaß in dieser Handlung, seinen Rechtsgrund aber in dem absolut wirkenden Patentrecht hat[1]).

Es fragt sich daher, ob der Untersagungsanspruch aus § 6 des Wettbewerbgesetzes seinen Rechtsgrund in der unerlaubten Handlung dessen hat, der Behauptungen der dort bezeichneten Art verbreitet, oder aber — wie das Reichsgericht a. a. O. sich ausdrückt — „in einem absoluten Recht, dessen Inhaber es (durch die Klage gegen die Beeinträchtigung reagierend) geltend macht".

Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung[2]) ein „Recht auf Schutz gegen unlautern Wettbewerb" als ein Recht im Sinne des § 37 Abs. 2 (Art. 27 Abs. 1) H.G.B. anerkannt. Von diesem Standpunkt aus ließe sich vielleicht sagen, der § 6 des Wettbewerbgesetzes enthalte eine diesem Recht des Geschädigten entsprechende Verpflichtung des Schädigers; die Klage auf Unterlassung der Verbreitung einer Behauptung der in § 6 bezeichneten Art habe somit ihren Grund in einem (absoluten) Recht des Klägers und sei demnach keine Klage „aus" einer unerlaubten Handlung.

1) vgl. R.G. 24 Nr. 85.

2) R.G. 44 Nr. 7 = W. J. B. 11 S. 281—83.

Das Berufungsgericht vermag aber jener Ansicht des Reichsgerichts nicht beizupflichten. Ein Schutzgesetz wie das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs muß nicht notwendig dem Schutz von Rechten, kann vielmehr auch dem Schutz berechtigter Interessen oder von Rechtsgütern dienen[1]). Unser Recht kennt aber kein Privatrecht auf „Schutz gegen unlautern Wettbewerb", sondern nur eine Reihe von Vorschriften, die, in den §§ des Gesetzes vom 27. Mai 1896 niedergelegt, gewisse Wettbewerbshandlungen als unerlaubt (weil gegen die guten Sitten verstoßend) erklären und dem dadurch Geschädigten oder doch an deren Unterlassung Interessierten einen Anspruch auf Unterlassung und unter Umständen auf Schadensersatz gewähren; den Inhalt des angeblichen „Rechts auf Schutz gegen unlautern Wettbewerb" würde lediglich der Anspruch darauf bilden, daß jedermann derartige Handlungen unterläßt, soweit sie den berechtigten Interessen des Betreffenden zuwiderlaufen. In gleicher Weise ließe sich aus den §§ des St.G.B., deren Verletzung privatrechtliche Ansprüche begründet, Rechte auf Schutz gegen Körperverletzung, Beleidigung u.s.w. ableiten. Das B.G.B. stellt aber — nach der herrschenden und richtigen Ansicht — in § 823 Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit als Rechtsgüter dem „Eigentum und sonstigen Rechten" gegenüber und eine Entscheidung des Reichsgerichts[2]) lehnt mit Recht ab eine „nicht abgeschlossene Reihe sogen. Persönlichkeits- oder Individualrechte" als Privatrechte anzuerkennen; in diese Kategorie fiele aber auch das angebliche „Recht auf Schutz gegen unlautern Wettbewerb".

Der angebliche Verstoß der Bekl. gegen § 6 des Wettbewerbgesetzes verletzt daher kein (absolutes) Recht des Kl., so daß der erhobene Anspruch seinen Grund in diesem Recht hätte; die Klage ist vielmehr eine Klage „aus unerlaubter Handlung" in dem oben dargelegten Sinn.

Urteil des I. Civilsenats vom 7. April 1903 i. S. Filterfabrik g. Haag.

---

1) vgl. Staub: Komm. zum H.G.B Anm. 14 zu § 37.

2) In Band 51 Nr. 86.

40.

Ist Berufung gemäß § 99 Abs. 2 C.P.O. zulässig, wenn die Hauptsache durch ein teils auf Grund eines Anerkenntnisses ergangenes, teils kontradiktorisches Urteil erledigt worden ist?

Die Frage wurde verneint aus folgenden

Gründen:

Die Berufung des Bekl. richtet sich ausgesprochenermaßen nur gegen die Entscheidung über die Prozeßkosten. Sie erscheint unzulässig.

Die Klin. hat in I. Instanz neben einer Entscheidung über die Kosten eine solche über folgende Punkte verlangt:

1. Daß der Bekl. in dem für ihn bestehenden Gebrauchsmustereintrag das Wort „Xylolith“, und sofern er hiezu nicht im stande sein sollte, das ganze Gebrauchsmuster löschen zu lassen habe;

2. daß er sich bei der Bezeichnung seiner Waren im Verkehr des Wortes „Xylolith“ zu enthalten habe;

3. daß er in seinem Firmennamen den Zusatz „Xylolith“-Fabrik zu unterlassen habe.

Die Ansprüche unter Ziff. 2 und 3 hat der Bekl. in der mündlichen Verhandlung alsbald anerkannt, den Anspruch Ziff. 1 dagegen bestritten. Durch Endurteil I Inst. vom 13. November 1902 ist die Klin. mit dem Anspruch Ziff. 1 abgewiesen und der Bekl. auf Grund seines Anerkenntnisses den Anträgen Ziff. 2 und 3 gemäß verurteilt worden; dem Bekl. sind die Kosten des Anerkenntnisurteils und die Hälfte der bis dahin erwachsenen Kosten, alle übrigen Kosten sind der Klin. zugeschieden worden. Hienach liegt eine Entscheidung I. Instanz vor, welche die Hauptsache teils durch Anerkenntnisurteil, teils durch kontradiktorisches Urteil erledigt, mag man nun die Hauptsache entsprechend den drei gestellten Klaganträgen als aus dreierlei Ansprüchen bestehend ansehen oder sie als einen einzigen, in drei Klaganträge zerlegten Anspruch — auf Unterlassung des Gebrauchs des Worts „Xylolith“ — auffassen.

Nach dem bis 1. Jan. 1900 geltenden Recht war gemäß § 94 C.P.O. a. F. = § 99 Abs. 1 n. F. eine Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt nur zulässig, wenn auch zugleich gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wurde. In dem von dem Bundesrat dem Reichstag vorgelegten Entwurf der Civilprozeßnovelle war als neuer Absatz des § 94 der wörtlich als Abs. 3 des § 99 Gesetz gewordene Zusatz vorgeschlagen, daß eine Aufechtung der Entscheidung im Kostenpunkt mittels Beschwerde dann zulässig sein solle, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen sei. In der Begründung [1]) ist hierüber gesagt: obschon sich die bisherige Vorschrift (des § 94) im allgemeinen bewährt habe, werde sie doch vielfach dann als unbillige Beeinträchtigung der Rechtsverfolgung empfunden, wenn nur über Kosten entschieden worden sei, während die Hauptsache durch Vergleich, durch nachträgliche Befriedigung des Kls. oder in sonstiger Weise ihre Erledigung gefunden habe. In diesem Falle sei die Gefahr ausgeschlossen, daß der höhere Richter zu seiner Entscheidung auf Grund von Erwägungen gelange, die mit dem der Abänderung nicht mehr unterliegenden Urteil in der Hauptsache in Widerspruch treten; der Entwurf lasse daher hier die selbständige Anfechtung der den Kostenpunkt betreffenden Entscheidung zu; sie solle jedoch nicht mit dem für die Hauptsache gegebenen Rechtsmittel, sondern im Weg der sofortigen Beschwerde erfolgen, da die bezüglichen Streitigkeiten meist einfacher Art und von verhältnismäßig untergeordneter Bedeutung seien.

In der Reichstagskommission [2]) wurde hervorgehoben, daß die Vorlage gegen die Härte des § 94 kaum ausreichende Abhilfe gewähre, indem sie gegen die Entscheidung des Kostenpunkts bei einem in der Hauptsache ergehenden Anerkenntnisurteil nach wie vor jedes Rechtsmittel versage, und es wurde deshalb beantragt, in den von der Regierung neu vorgeschlagenen Zusatz weiter aufzunehmen: „Ist jedoch in der

1) vgl. Hahn-Mugdan, Materialien Bd. 8 S. 87.

2) vgl. Hahn-Mugdan a. a. O. S. 292.

Hauptsache auf Grund Anerkenntnisses eine Verurteilung ausgesprochen oder . . . .". Seitens der Regierung wurde in der Kommission anerkannt, daß der in der Begründung der Regierungsvorlage für den Entwurf angeführte Grund — Ausschluß der Gefahr eines Widerspruchs der Begründung der Entscheidung im Kostenpunkt gegenüber der Entscheidung in der Hauptsache — auch bei Anerkenntnisurteilen zutreffe, daß sich aber für solchen Fall als Rechtsmittel gegen die Kostenentscheidung nicht die Beschwerde, sondern die Berufung eigne. Mit letzterem war die Reichstagskommission einverstanden und fügte demgemäß die Vorschrift über die Zulässigkeit der Anfechtung der Kostenentscheidung im Falle eines die Hauptsache erledigenden Anerkenntnisurteils als Abs. 2 ein, während der Regierungsvorschlag unverändert als Abs. 3 beibehalten wurde.

Aus dieser Entstehungsgeschichte der Vorschriften in Abs. 2 und 3 des jetzigen § 99 ergibt sich, daß nicht die Absicht bestand, in allen Fällen, in welchen eine Beschwerung einer Partei lediglich im Kostenpunkt vorliegt, eine selbständige Anfechtung der Entscheidung im Kostenpunkt zu gewähren, sondern lediglich die Absicht, eine solche Anfechtung nur in den bestimmten, im Gesetz zum Ausdruck gebrachten Fällen zuzulassen. Eine Absicht, die Anfechtung der Entscheidung im Kostenpunkt allgemein zuzulassen, ist weder in der Begründung des Entwurfs, noch in dem Kommissionsbericht ausgesprochen, noch auch nur als stillschweigend bestanden aus diesen Aktenstücken zu entnehmen. Insbesondere läßt sich nicht sagen, daß beabsichtigt gewesen sei, die selbständige Anfechtung der Kostenentscheidung in allen den Fällen zuzulassen, in welchen die Gefahr eines Widerspruchs zwischen der Begründung der Entscheidung in der Hauptsache und der Begründung der Kostenentscheidung in höherer Instanz ausgeschlossen ist. Dieser Grund ist zwar in der Begründung des Entwurfs behufs Rechtfertigung der Zulassung der in Abs. 3 gewährten Anfechtung angeführt und es hat sich desselben in der Reichstagskommission der Re-

gierungsvertreter als eines für die Zulassung der jetzt in Abs. 2 bestimmten Anfechtung maßgebenden Kriteriums bedient. Wenn man nun auch hienach diesen Grund als das gesetzgeberische Prinzip, auf dem die Bestimmungen über die selbständige Anfechtbarkeit der Kostenentscheidung beruhen, ansehen will, so ist doch weder in den Motiven noch in dem Kommissionsbericht irgendwie zum Ausdruck gekommen, daß dieser Grundsatz allgemein durchgeführt und daß die Anfechtung der Kostenentscheidung in allen durch diesen Grundsatz gedeckten Fällen zugelassen werden wollte. Unter allen Umständen aber steht einer solchen Auffassung die an bestimmte Fälle die Zulässigkeit der Anfechtung anknüpfende Wortfassung der neuen Vorschriften wie die gewählte Stellung und Aufeinanderfolge der einzelnen Bestimmungen des § 99 entgegen. Gerade im Hinblick auf diese Stellung der Bestimmungen und ihre Verteilung in besondere Absätze muß auch jetzt noch bei Vorliegen einer Entscheidung in der Hauptsache als Regel die Vorschrift des Abs. 1 angesehen werden, die eine selbständige Anfechtung der Kostenentscheidung für unzulässig erklärt. Hievon bildet eine Ausnahme die Vorschrift des Abs. 2, welche in dem einen Fall einer Entscheidung in der Hauptsache, wenn diese durch Anerkenntnisurteil erfolgt ist, eine selbständige Anfechtung der Kostenentscheidung für zulässig erklärt. Es ist also auch jetzt noch in dem[1]) Fall, daß die Entscheidung im Kostenpunkt auf offenbarer Gesetzesverletzung beruht, z. B. wenn der Kl. abgewiesen und dem Bekl. ein Teil oder sämtliche Kosten zugeschieden sind, für den beschwerten Bekl. eine Anfechtung der Entscheidung sei es im ganzen, sei es im Kostenpunkt, unmöglich. Kann also als Zweck der Novelle nicht angesehen werden, in allen oder wenigstens in allen durch den erwähnten Grundsatz gedeckten Fällen eine selbständige Anfechtung der Entscheidung im Kostenpunkt zu ermöglichen, sondern sollte es bei Vorliegen einer Entscheidung in der Hauptsache bei der bisherigen

1) bei Gaupp-Stein, Kommentar z. C.P.O. 4. Aufl. zu § 99 bei und in Note 1 angeführten.

Regel mit der einzigen Ausnahme im Falle eines Anerkenntnisurteils bleiben, so muß diese letztere Ausnahmebestimmung wegen ihrer Entstehungsgeschichte und ihres Wesens als eine Ausnahme streng ausgelegt werden und es können nicht im Gesetz nicht ausdrücklich (in der Ausnahmebestimmung) vorgesehene Fälle etwa auf Grund eines aus dem Gesetz nicht ersichtlichen, übrigens auch nach der Entstehungsgeschichte nicht vorhandenen allgemeinen Grundsatzes der Zulassung der Anfechtung der Kostenentscheidung unter die Ausnahmebestimmung gebracht werden. Gegen die Ausnahmebestimmung des Abs. 2 und gegen die Regel des Abs. 1 würde es aber verstoßen, wenn man in einem Fall wie dem vorliegenden, in welchem die Hauptsache teils durch kontradiktorisches, teils durch Anerkenntnisurteil erledigt ist, eine selbständige Anfechtung der Kostenentscheidung für zulässig erklären wollte. Hier trifft die Voraussetzung des Abs. 2, daß „die Hauptsache" durch Anerkenntnisurteil „erledigt" ist, nicht zu; denn ein Teil der Hauptsache ist nicht durch Anerkenntnisurteil, sondern durch kontradiktorisches Urteil erledigt. Es erscheint also vorliegend eine selbständige Anfechtung der Kostenentscheidung nicht zulässig. Aber auch eine Anfechtung der ganzen Entscheidung im Weg der Berufung wäre nicht zulässig, da eine solche Anfechtung eine Beschwerung des Bekl. auch in der Hauptsache voraussetzt [1]), eine solche aber nicht vorliegt. Eine Beschwerde des Bekl. auf Grund des Abs. 3 des § 99 ist vorliegend ebenfalls ausgeschlossen, da es an der dortigen Voraussetzung, daß eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen ist, fehlt. Es steht somit in einem Falle wie der vorliegende dem im Kostenpunkt beschwerten Bekl. ein Rechtsmittel, mit dem er eine Abänderung der Kostenentscheidung herbeiführen könnte, nicht zu. Ob die Abschneidung eines Rechtsmittels in solchem Fall von dem Gesetzgeber der Novelle beabsichtigt war, lassen die gesetzgeberischen Vorarbeiten nicht erkennen, auf der andern Seite geben sie auch keinen ausdrücklichen Anhalt für die

1) vgl. Gaupp-Stein zu § 511 unter II.

Absicht der Zulassung eines Rechtsmittels und jedenfalls steht einer solchen Zulassung wie bemerkt die Fassung des Gesetzes entgegen. Außerdem könnte in Ermanglung einer ausdrücklichen Vorschrift für diesen Fall eine sinngemäße, im Weg der ausdehnenden Auslegung erfolgende Anwendung der Bestimmung des Abs. 2 auch deshalb nicht stattfinden, weil hiedurch mit Notwendigkeit ein mit den sonstigen Bestimmungen des Gesetzes nicht vereinbares und zudem mit praktischen Schwierigkeiten verbundenes Ergebnis herbeigeführt würde.

Wenn man als Grundsatz der Novelle eine möglichst weite Zulassung der Anfechtung der Kostenentscheidung unterstellen will, so liegt es nahe, in einem Fall, in dem die Hauptsache teils durch kontradiktorisches, teils durch Anerkenntnisurteil erledigt ist, zu scheiden und die selbständige Berufung des Abs. 2 wegen derjenigen Kosten zuzulassen, welche sich auf den durch Anerkenntnisurteil erledigten Teil der Hauptsache beziehen, während bezüglich derjenigen Kosten, welche sich auf den durch kontradiktorisches Urteil erledigten Teil der Hauptsache beziehen, nur Berufung zusammen mit der Hauptsache, sofern hier eine Beschwerung vorliegt, nach der Regel des Abs. 1 möglich wäre. Man müßte also als Sinn der Bestimmung in Abs. 2, wie aber auch notwendiger Weise der in Abs. 3, eine Vorschrift folgenden Wortlauts unterstellen: „Soweit die Hauptsache" durch Anerkenntnisurteil erledigt ist und „Soweit eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen ist, sind die fraglichen Rechtsmittel zulässig. Diese Auslegung ist teils für beide Bestimmungen teils nur für die Bestimmung des Abs. 3 von einigen Oberlandesgerichten für zutreffend [1]), von einem Oberlandesgericht [2]) dagegen für unbegründet erklärt worden. Diejenigen Gerichte, welche sich für die fragliche Auslegung ausgesprochen haben, sind nun aber wieder verschiedener Ansicht darüber, ob in

1) vgl. Rechtsprech. d. O.L.G. 1 S. 111, 3 S. 133, 134, 437. 5 S. 158, 159; vgl. auch deutsche Jurist.-Zeitg. von 1900 S. 387, von 1901 S. 46, von 1902 S. 247.

2) Rechtsprechung 5 S. 162.

dem Fall der Erledigung der Hauptsache teils durch Anerkenntnisurteil, teils ohne Entscheidung nur ein einziges Rechtsmittel — Berufung oder Beschwerde — oder ob beide je für den betreffenden Teil der Kostenentscheidung dem Beschwerten zustehen sollen. Die Mehrzahl ist der Ansicht, daß bezüglich derjenigen Kosten, welche sich auf den durch Anerkenntnisurteil erledigten Teil der Hauptsache beziehen, die Berufung, bezüglich derjenigen, welche sich auf den ohne Entscheidung erledigten Teil der Hauptsache beziehen, die Beschwerde zulässig sei, so daß es möglich wäre, daß der Bekl. um eine Abänderung der ihn beschwerenden Kostenentscheidung herbeizuführen, beide Rechtsmittel einlegen müßte. Demgegenüber wird die Ansicht vertreten[1]), daß in einem Fall wie der angeführte nur das Rechtsmittel der Berufung zuzulassen sei, da eine solche Häufung der Rechtsmittel, wie sie nach der anderen Ansicht eintreten würde, nicht als der Absicht des Gesetzes entsprechend angesehen werden könne. Das Reichsgericht[2]) hat sich in einem Fall, in welchem die Hauptsache teils durch Anerkenntnisurteil, teils — und zwar nach Erlassung des Anerkenntnisurteils — durch Befriedigung des Kls. erledigt worden ist, für die Zulässigkeit der Beschwerde gegen das lediglich im Kostenpunkt ergangene Endurteil ausgesprochen; eine Begründung dieser Ansicht ist an dem angeführten Orte nicht beigefügt.

Eine Zweiteilung des Rechtsmittels in Bezug auf dieselbe Entscheidung, das Urteil im Kostenpunkt — Berufung soweit Anerkenntnisurteil, Beschwerde soweit Erledigung ohne Entscheidung in der Hauptsache —, kann nun aber nicht als mit den Grundsätzen der C.P.O. vereinbar angesehen werden. Nach der C.P.O. ist die Berufung das einzige Rechtsmittel gegen Endurteile I. Inst.; sie umfaßt die Anfechtung der Entscheidung sowohl in der Tat-, als in der Rechtsfrage. Es bezieht sich also die Berufung in der Hauptsache auf die Entscheidungen über den materiellen Streitgegenstand. Die

1) vgl. Rechtspr. 5 S. 61; deutsche Jurist.-Ztg. von 1902 S. 247.
2) vgl. Jur. Wochenschr. v. 1902 S. 392 No. 7.

Beschwerde dagegen ist nach dem Gesetz — abgesehen von dem Ausnahmefall eben des § 99 Abs. 3 — gegeben gegen andere Entscheidungen, welche im wesentlichen prozeßrechtlicher Natur [1]) und nicht materiellentscheidende Endurteile sind. Ist aber für die Zulässigkeit der Beschwerde Voraussetzung, daß die angefochtene Entscheidung — abgesehen von dem einen Ausnahmefall — kein Endurteil ist, während das Umgekehrte für die Zulässigkeit der Berufung (wie der Revision) gilt, so ergibt sich hieraus als Grundsatz des Gesetzes, daß gegen eine und dieselbe Entscheidung nur das eine oder das andere Rechtsmittel, nicht aber beide zulässig sind.

Dazu kommt noch ein Weiteres. Erachtet man die Zweiteilung des Rechtsmittels für zulässig, so ist eine weitere Folge die, daß gegen den einen Teil der Kostenentscheidung nur eine höhere Instanz, gegen den andern aber deren zwei eröffnet sind. Während das Berufungsurteil nicht weiter anfechtbar ist, wenn in I. Inst. das Amtsgericht entschieden hat, oder wenn bei einer Entscheidung des Landgerichts in I. Instanz — was bei Kostenentscheidungen fast stets der Fall sein wird — es an der Revisionssumme fehlt, verhält sich dies anders, soweit durch Beschwerde entschieden ist, die Entscheidung des Beschwerdegerichts einen neuen selbständigen Beschwerdegrund enthält, und der Streitwert in der Beschwerde 50 Mk. bezw. 100 Mk. übersteigt [2]). In diesem letzteren Fall ist die weitere Beschwerde zulässig. Es führt also die Zweiteilung des Rechtsmittels dazu, daß gegen eine und dieselbe Entscheidung bezüglich eines Teils derselben eine, bezüglich des anderen Teils derselben zwei höhere Instanzen eröffnet sind, eine Erscheinung, welche nicht als mit den Grundsätzen der C.P.O. im Einklang stehend angesehen werden kann.

Muß hienach die gedachte Auslegung der Bestimmungen der Abs. 2 und 3 des § 99, welche unter Erledigung der

1) vgl. die Zusammenstellung bei Gaupp-Stein II zu § 567 unter I.

2) Vergl. hierzu aber jetzt R.G. 57 Nr. 69 (Plenarentscheidung). Anm. der Red.

Hauptsache auch die teilweise Erledigung derselben versteht, schon deshalb als unzutreffend bezeichnet werden, weil sie notwendig zu einer mit dem Gesetz nicht vereinbarten Zweiteilung des Rechtsmittels gegen eine und dieselbe Entscheidung führt, so kommt noch dazu, daß bei der Durchführung dieser Ansicht sich nur schwer zu lösende Schwierigkeiten ergeben. Sind z. B. in dem angefochtenen Kostenurteil sämtliche Kosten einer Partei auferlegt, so läßt sich, wenn das Urteil I. Instanz in seinen Gründen sich im einzelnen über das ziffermäßige Verhältnis der Kosten in Bezug auf die Erledigung der Hauptsache teils durch Anerkenntnis teils auf andere Weise nicht ausspricht, überhaupt nicht feststellen, was der Gegenstand des einen zulässigen Rechtsmittels und was der des andern ist.

Wollte man aber auch die Zweiteilung des Rechtsmittels nicht als eine notwendige Konsequenz der gedachten Auslegung ansehen und davon ausgehen, daß in solchem Fall nur ein Rechtsmittel zulässig sein soll, so bleibt immer noch die Frage ungelöst, welches von den beiden Rechtsmitteln das zulässige sein soll. Eine gesetzliche Vorschrift fehlt. Es blieben also für die Entscheidung der Frage nur Gründe allgemeiner Natur übrig, wie der umfassendere Charakter des einen oder andern Rechtsmittels, der größere Wertsbetrag der einen oder anderen Art der Erledigung der Hauptsache, die zeitliche Aufeinanderfolge der Erledigungsweisen, z. B. wie in dem gedachten Reichsgerichtsfall zuerst Anerkenntnisurteil, dann anderweitige Erledigung des Rests, hierauf Urteil im Kostenpunkt (hier Beschwerde?). Es ist aber offensichtlich, daß es sich bei solchen Erwägungen um Willkürlichkeiten handeln würde, von welchen die Frage der Zulässigkeit eines Rechtsmittels nicht abhängig gemacht werden darf.

Urteil des I. Civilsenats vom 3. April 1903 i. S. Rall g. Xylolithfabrik.

41.

§ 99 Abs. 3 C.P.O. ist nur anwendbar, wenn gegen

eine in der Hauptsache ergangene Entscheidung ein Rechtsmittel statthaft wäre.

Die den Sachverhalt ergebenden

Gründe

eines Beschlusses besagen:

Nachdem in dem vorbezeichneten, die Rechtmäßigkeit einer einstweiligen Verfügung des K. Amtsgerichts Kempten vom 10. März 1903 betreffenden Rechtsstreit von den Beklagten gegen das die einstweilige Verfügung aufrechterhaltende Urteil des K. Amtsgerichts Ulm vom 25. Mai 1903 Berufung eingelegt worden war, hat die erste Civilkammer des K. Landgerichts Ulm als Berufungsgericht, ohne in der Hauptsache zu entscheiden, durch Urteil vom 18. Juli d. J. über den Kostenpunkt folgendermaßen erkannt:

Unter Abänderung des Urteils des K. Amtsgerichts Ulm vom 25. Mai 1903 wird der Kläger Berufungskläger verurteilt, die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen einschließlich derjenigen der einstweiligen Verfügung des K. Amtsgerichts Kempten vom 10./28. März 1903 zu tragen.

Gegen diese Entscheidung über den Kostenpunkt hat Kläger die sofortige Beschwerde eingelegt. Die Beschwerde erscheint jedoch unzulässig.

Zwar findet nach C.P.O. § 99 Abs. 3 Satz 1, falls eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen ist, gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt sofortige Beschwerde statt, und man könnte, wenn diese Bestimmung für sich allein in Betracht gezogen wird, zu der Auffassung gelangen, daß beim Fehlen einer Entscheidung in der Hauptsache die Beschwerde gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt gegeben sei — gleichviel, ob gegen eine Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel zulässig wäre oder nicht, also namentlich auch in landgerichtlichen Berufungssachen. Allein die hier in Rede stehende, durch das Gesetz, betr. Aenderungen der C.P.O., vom 17. Mai 1898 geschaffene Bestimmung darf nicht für sich betrachtet werden, sondern ist —

gleich der Vorschrift in Abs. 2 — schon nach ihrer Stellung in § 99, vor allem aber auch nach ihrer Entstehungsgeschichte mit dem Absatz 1 in inneren Zusammenhang zu bringen. Hienach aber stellt sich die Bestimmung in Abs. 3 als nähere Erläuterung und Einschränkung des in Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatzes dar, welcher gleichbedeutend in dem früheren § 94 der C.P.O. enthalten war und vor dem Inkrafttreten der jetzt in Abs. 2 und 3 des § 99 gegebenen Vorschriften die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt überhaupt ausschloß — insbesondere auch dann, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen war. Anlangend nun die Bestimmung in Abs. 1 des § 99, so herrscht darüber Einverständnis, daß, um die Zulässigkeit der Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt zu begründen, ein Rechtsmittel in der Hauptsache überhaupt statthaft sein muß, daß also die Einlegung des Rechtsmittels gegen die Entscheidung in der Hauptsache allein nicht genügt. Trifft dies aber hinsichtlich des allgemeinen Grundsatzes in § 99 Abs. 1 zu, so muß dasselbe folgerichtig — in Ermanglung einer abweichenden Vorschrift — auch für die in Abs. 3 gegebene Erläuterung und Einschränkung dieses Grundsatzes gelten. Vorstehende Auffassung der Bestimmung in Abs. 3 führt auch allein zu einem sachgemäßen Ergebnis, insofern es widersinnig wäre, wenn das Gesetz ein Urteil, soweit es in der Hauptsache und über den Kostenpunkt entscheidet, für unanfechtbar erklären, soweit es aber nur über den Kostenpunkt Entscheidung trifft, der Anfechtung (mittels der sofortigen Beschwerde) unterstellen würde. Demgegenüber können auch die bei der Beratung der Civilprozeßnovelle in der Reichstagskommission zum Ausdruck gelangten abweichenden Ansichten[1]) nicht ins Gewicht fallen[2]).

1) Hahn-Mugdan, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 8 S. 292—293.

2) vgl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 46 S. 347 ff.; Jur. Wochenschr. von 1900 S. 390 Nr. 2; S. 493; S. 714 Nr. 4; Seuff. Arch. Bd. 57 S. 375; Petersen-Anger, Komm. z. C.P.O. 5. Aufl.

Dem Ausgeführten zufolge war die Beschwerde gegen die vom Landgericht in der Berufungsinstanz erlassene Entscheidung über den Kostenpunkt als unzulässig zu verwerfen.

Beschluß des II. Civilsenats vom 12. Oktober 1903 i. S. Braun g. Vogt.

42.

Ist für die Beurteilung der Frage, ob ein Beklagter durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat, unbedingt der Zeitpunkt der Klagerhebung maßgebend?

Der Beklagte hat den eingeklagten Wechsel mit Zinsen und Kosten am 20. November 1903 bezahlt, am 17. November hatte er erfahren, daß der Wechsel protestiert sei und der Kläger ihn auf Grund seines Indossaments auf die Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten in Anspruch nehme; am Abend des 17. November erhielt er eine Zuschrift der (von ihrem Ehemann bevollmächtigten) Frau des Klägers des Inhalts: er werde ersucht, den protestierten Wechsel bis 18. d. M. einzulösen. Am 18. November wurde ihm die Klage zugestellt. Gegen seine Verurteilung in die Prozeßkosten hat er sofortige Beschwerde eingelegt, die zurückgewiesen wurde. Aus den

Gründen:

Der Beklagte war hienach (nämlich nach dem, was in dem nicht abgedruckten Teil der Gründe ausgeführt ist) mit Erfüllung seiner Wechselverbindlichkeit jedenfalls mit Ablauf des 18. November in Verzug gekommen und hat diesen Verzug erst am 20. November geheilt. Dessen ungeachtet macht er geltend, dem Kläger durch sein Verhalten keine Veranlassung zur Klage gegeben zu haben, so daß gemäß § 93 C.P.O. die Prozeßkosten dem Kläger zur Last fallen, da die

Bem. 8b zu § 99 (anders die frühere Aufl.); Struckmann-Koch, Komm. z. C.P.O. 8. Aufl. Bem. 5 zu § 99; Seuffert, Komm. z. C.P.O. 8. Aufl. Ziff. 3 zu § 99; a. M. Gaupp-Stein, Komm. z. C.P.O. 4. Aufl. Bem. II Abs. 2 zu § 99.

Befriedigung des Klägers, die vor dem Verhandlungstermin stattgefunden hat, der sofortigen Anerkennung des Anspruchs im Termin gleich zu achten sei. Bei wörtlicher Auslegung des § 93 C.P.O. scheint es nun allerdings, daß für die Beurteilung der Frage, ob ein Beklagter durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat, der Sachverhalt im Zeitpunkt der Klagerhebung maßgebend sein müsse. Nach dieser Auslegung wäre ein Beklagter, der zwar im Augenblick der Klagzustellung noch nicht im Verzug, aber unmittelbar nach der Klagerhebung, nicht durch die Klagerhebung, sondern durch anderweitige Umstände, in Verzug geraten ist, trotzdem von Tragung der Prozeßkosten befreit, wofern er nur in der ersten mündlichen Verhandlung, somit lange nach Eintritt des Verzugs, den Anspruch befriedigt oder auch bloß anerkennt. Ein solches Ergebnis nötigt zum Zweifel an der Richtigkeit der wörtlichen Auslegung. In der Tat kann es im Sinne des Gesetzes nicht ausschließlich darauf ankommen, ob gerade im Augenblick der Klagerhebung das Verhalten des Beklagten Veranlassung gegeben hatte, daß der Kläger zur Klagerhebung schritt. Nach dem allgemeinen Grundsatz des § 91 C.P.O. hat die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Ob eine Partei unterlegen ist entscheidet sich aber, wie in der Rechtsprechung feststeht, nach der Sachlage zur Zeit des Schlusses der mündlichen Verhandlung[1]). War der Beklagte zur Zeit der Klagerhebung auch noch nicht im Verzug und hatte er damals noch keine Veranlassung zur Klagerhebung gegeben, so kann doch, wenn er in der Zwischenzeit in Verzug kommt und erst nach kürzerer oder längerer Dauer des Verzugs, wenn auch vor der mündlichen Verhandlung, bezahlt, seine verzögerliche Erfüllung, weil unter dem Zwang der anhängigen Klage stehend, als Unterliegen im Rechtsstreit und sein Verhalten als ein solches betrachtet werden, das die Klagerhebung gerechtfertigt hat. Ob ein Beklagter zur Er-

1) R.G. Bd. 41 S. 88; 43 S. 18.

hebung der Klage Veranlassung gegeben hat, wird stets nach Würdigung aller Umstände des Falls zu ermessen sein, ist aber bei freier Auslegung des § 93 B.G.B. nicht schon dann zu verneinen, wenn im Augenblick der Klagerhebung der Beklagte noch nicht im Verzug war und dem Kläger noch keinen gerechtfertigten Grund gegeben hat, ihn einzuklagen. Vielmehr kann auch eine verfrüht erhobene Klage noch nachträglich ihre Rechtfertigung finden, wenn der Beklagte durch verzögerliche Erfüllung beweist, daß der Kläger Grund zu der Annahme hatte, der Beklagte werde ohne Anrufung des Richters nicht zur richtigen Zeit erfüllen. Der Beklagte hat es in der Hand, eine solche Annahme des Klägers durch pünktliche Erfüllung als eine voreilige und ungerechtfertigte zu widerlegen; unterläßt er dies aber und wird er säumig, so ist die Feststellung gerechtfertigt, daß er zum Rechtsstreit Veranlassung gegeben hat und trotz nachträglicher Erfüllung vor dem Verhandlungstermin im Rechtsstreit unterlegen ist. So liegt die Sache aber hier: der Kläger brauchte, zumal da es sich um einen Wechsel handelte, auch nicht einen Tag länger zuzuwarten und macht mit Recht geltend, daß seine Klage, wenn auch um einen Tag verfrüht erhoben, nachträglich doch ihre Rechtfertigung gefunden, der Beklagte dazu Veranlassung gegeben hat und im Rechtsstreit unterlegen ist.

Beschluß des I. Civilsenats vom 23. Februar 1904 i. S. Ihle g. Lemberger.

B. in Strafsachen.

10.

1. Gegen Kostenfeststellungsbeschlüsse in Strafsachen, mit denen die Kosten gegenüber der Staatskasse genehmigt werden, steht der Justizverwaltung die Beschwerde des § 346 St.P.O. zu.

2. Der Pflichtverteidiger hat für ein im Namen des Verurteilten eingereichtes Gnadengesuch eine Gebühr auch in schweren Straffällen von der Staatskasse nicht anzusprechen [1]).

Der dem Angeklagten auf Grund des § 140 St.P.O. zum Verteidiger bestellte Rechtsanwalt hat, nachdem der Angeklagte durch schwurgerichtliches Urteil rechtskräftig zu Strafe und Kosten verurteilt war, in dessen Namen und Auftrag ein Gnadengesuch bei dem Justizministerium eingereicht. Hiefür hat er nach §§ 68 Z. 4, 63 Z. 3 und 76 der Geb.O. f. R.A. Gebühr berechnet und die Strafkammer hat diese an sich und gegenüber dem Angeklagten nicht zu beanstandende Gebühr mit dem oben bezeichneten Beschluß der Staatskasse zur Bezahlung auferlegt. Hiegegen richtet sich die gemäß § 4 Abs. 2, 3 G.K.G. vgl. mit §§ 346 und 348 St.P.O. erhobene Beschwerde.

---

1) In der Verfügung des Justizministeriums vom 31. Dezember 1902 betr. die Gerichtskosten in Strafsachen § 49. 1 wird sich auf diese Entscheidung bezogen (Amtsbl. des K. Just.=M., Jahrg. 1902 S. 216).

Die Berechtigung des Ministeriums zur Erhebung dieser Beschwerde bedarf nach dessen Stellung als der für die Mittel des Justizdepartements in oberster Linie verantwortlichen Behörde keines weiteren Nachweises, sie ist auch von keiner Seite in Zweifel gezogen. Dagegen wird von dem Verteidiger bestritten, daß ein Fall gegeben sei, der im Beschwerdeverfahren der St.P.O. entschieden werden könne, weil nicht ein Streit über die Höhe der Gebühr nach § 496 St.P.O., sondern darüber vorliege, wer civilrechtlich für die Gebühr hafte. Allein § 496 ordnet in seinem 2. Abs. nicht bloß für den Fall eines Streites über die Höhe der Kosten, sondern auch für den Fall eines Streits über die Notwendigkeit der unter ihnen begriffenen Auslagen besondere Entscheidung an, und zwar, wie die Stellung der Bestimmung in der St.P.O. und zumal der Zusammenhang des 2. mit dem 1. Abs. des § ausweist, auch von dem Verteidiger so angenommen wird, prozeßrichterliche Entscheidung. Nun hat der Dekreturbeschluß zu den nach § 150 St.P.O. von der Staatskasse zu tragenden Gebühren des bestellten Verteidigers auch die Gebühr für das Gnadengesuch gerechnet und damit diese Gebühr zu einer notwendigen Auslage der Staatskasse gemacht und über den hierüber entstandenen Streit hat die Strafkammer mit ihrem Beschluß vom 19. Februar Entscheidung getroffen. Offenbar ist dies also eine Entscheidung im Sinne des § 496 Abs. 2 und darum über die Beschwerde gegen diese Entscheidung nach Maßgabe der St.P.O. zu befinden. Die Anwendbarkeit der St.P.O. erscheint um so unzweifelhafter, als die Beschwerde sich auf die Behauptung einer irrigen Anwendung des § 150 St.P.O. gründet, also auf einen Verstoß gegen eine Norm der St.P.O., gegen den als solchen schon die Beschwerde des § 346 gegeben ist.

Nicht weniger ergibt sich aber die Statthaftigkeit dieser Beschwerde auch aus dem § 4 G.K.G. Dieser bestimmt in seinem 1. Abs., daß über Erinnerungen des Zahlungspflichtigen oder der Staatskasse gegen den Ansatz von Gebühren oder Auslagen das Gericht der Instanz entscheide, und

in seinem 2. Abs., daß gegen die Entscheidung Beschwerde und zwar in Strafsachen nach Maßgabe der §§ 346 ff. St.P.O. stattfinde. Zu den Auslagen aber gehören nach der Aufzählung des § 79 G.K.G. Ziff. 6. die an Rechtsanwälte zu zahlenden Beträge. Zwar ist nach dem Grundsatz des § 1 G.K.G., daß Gebühren und Auslagen nur nach Maßgabe dieses Gesetzes erhoben werden, davon auszugehen, daß auch die Erinnerung und die Beschwerde des § 4 nur gegen Verstöße gegen eben dieses G.K.G. gegeben ist[1]), während, wie bemerkt, die vorliegende Beschwerde auf einen Verstoß gegen § 150 St.P.O. sich gründet; allein indem Auslagen dem Staat zugeschieden werden, die nach Behauptung der Beschwerde von Rechtswegen nicht zu den Auslagen des G.K.G. § 79 Z. 6 gehören, für die allein die Staatskasse einzustehen hat, handelt es sich in erster Linie doch um einen Verstoß gegen dieses letztere Gesetz, mag er auch auf einen Verstoß gegen ein anderes Gesetz zurückzuführen sein[2]).

So ist auch in der Entscheidung der Verein. Civilsenate des Reichsgerichts vom 15. Februar 1886 ausgesprochen, daß § 4 G.K.G. auch dann Anwendung finde, wenn der zu rügende Ansatz auf Normen des bürgerlichen Rechts sich gründe[3]).

Nach alledem ist die Beschwerde nach §§ 346 ff. St.P.O. statthaft, sie erscheint aber auch sachlich als begründet.

Als gemäß § 140 St.P.O. bestellter Verteidiger hat der Rechtsanwalt Gebühren aus der Staatskasse für die geführte Verteidigung, wie in § 150 ausdrücklich gesagt ist, anzusprechen. Eine Verteidigung im Rechtssinn setzt begrifflich ein gegen einen Beschuldigten gerichtetes Verfahren voraus, in dem der Verteidiger nach den ihm als solchem zukommenden Befugnissen dem Beschuldigten zur

1) Rittmann, G.K.G. § 4 n. 3 und 4. Pfafferoth, G.K.G. § 4 n. 1.

2) Rittmaun, § 4 n. 4. Pfafferoth § 4 n. 2h.

3) Entsch. d. R.G. in Civ.S. 16 S. 291 ff., 310.

Seite steht, um dem erkennenden Richter alles das vorzuführen, was zu Gunsten jenes gegen die Beschuldigung in die Wagschale gelegt werden kann. Ist aber die richterliche Entscheidung endgültig getroffen, das Urteil rechtskräftig gefällt, so ist auch der Rechtsweg geschlossen und kann von einer Verteidigung keine Rede mehr sein (sofern es sich nicht etwa, was hier nicht in Frage steht, um eine Wiederaufnahme des Verfahrens und damit um eine erneute Betretung des Rechtswegs handelt)[1]).

Im Gegensatz hiezu setzt die Betretung des Gnadenwegs regelmäßig ein beendigtes gerichtliches Verfahren voraus[2]), und nicht mehr aus Gründen des Rechts, sondern gerade in Anerkennung des Rechtsbestands einer Verurteilung soll aus anderweitigen Gründen die strenge Durchführung des Rechts abgewendet werden. Mag sich auch tatsächlich das Begnadigungsverfahren unmittelbar an das gerichtliche anschließen, wie dies in den schweren Fällen des § 97 Verf.Urk. notwendig der Fall ist, in denen das Urteil von Amtswegen zur etwaigen Begnadigung vorgelegt werden muß (A. 8 des A.G. zur St.P.O. vom 4. März 1879), so gehört darum doch dieses Verfahren nicht zu dem durch die St.P.O. geregelten Verfahren und die dabei von einem Rechtsanwalt entwickelte Tätigkeit gehört ebensowenig zur Verteidigung. So hat auch die St.P.O. das Verfahren in der sogen. Begnadigungsinstanz durchaus unberührt gelassen und überhaupt die Begnadigung nur in den §§ 485 und 485 erwähnt, einmal um festzustellen, in welchen Fällen infolge der Bestimmungen des G.V.G. über Zuständigkeit des Reichsgerichts in 1. Instanz das Begnadigungsrecht dem Kaiser zukommt, und dann, um bei Todesurteilen der Entschließung des Inhabers dieses Rechts über dessen Gebrauch den nötigen Raum zu wahren[3]).

1) Geyer, Lehrb. der St.Pr. S. 422; Kries Lehrb. d. Str.Pr. S. 333; Rintelen, Str.Pr. S. 31 ff. § 7 a.

2) 92 der V.O. v. 25. Sept. 1879 betr. das bei Begnadigungsgesuchen im Geschäftskreis des Just.Dep. einzuschlagende Verfahren.

3) Motive zur St.P.O. bei Hahn, Mat. 1 S. 140; Mayer in

Anderseits läßt sich auch die Bestimmung des § 137 St.P.O., wornach der Beschuldigte sich in jeder Lage der Verfahrens eines Verteidigers bedienen könne, nur auf das Verfahren nach der St.P.O. selbst und die darin geregelte Verteidigung beziehen und ist in § 140 St.P.O. eine Notwendigkeit der Verteidigung nur für Sachen bestimmt, die vor Gericht zu verhandeln sind [1]).

Von einer Verpflichtung der Staatskasse, mit den Kosten eines Rechtsanwalts für die geführte Verteidigung auch dessen Kosten für Tätigkeit im Begnadigungsverfahren zu tragen, kann somit keine Rede sein. Wenn demgegenüber der Verteidiger geltend macht, daß die Strafkammer, die ihm freilich einen Auftrag nicht gegeben, dem Ang. auch hier beizustehen, doch gewiß den von ihm in der Begnadigungsinstanz geleisteten Beistand als Geschäftsführung ohne Auftrag durch den Dekreturbeschluß und dessen Aufrechterhaltung auf die Erinnerung des Revisorats genehmigt habe, so übersieht er, daß die Beiordnung eines Rechtsanwalts auf einer öffentlichrechtlichen Befugnis des Richters beruht und daß die Strafkammer rechtlich gar nicht in der Lage war, einen solchen Auftrag für das Begnadigungsverfahren zu erteilen, daher ebensowenig die Geschäftsführung nachträglich zu genehmigen, weil es eben, wie ausgeführt, eine notwendige Verteidigung außerhalb des Verfahrens der St.P.O. nicht gibt.

Die vorstehend geschilderte Rechtslage wird im Grunde von der Strafkammer selbst auch nicht verkannt, sofern im Beschluß vom 19. Febr. davon ausgegangen wird, daß das Gnadengesuch an sich nicht mehr zu der dem Verteidiger aufgetragenen Vertretung des Ang. gehöre; im vorliegenden Fall aber will eine Uebernahme der erwachsenen Gebühr auf die Staatskasse deshalb zugelassen werden, weil es sich um

---

Holtzendorff, Handb. d. Strafrechts II S. 493 ff. Laband, Staatsr. des D. Reichs 4. Aufl. 111 S. 482.

1) Stenglein, Kom. S. 289 § 150 n. 3. Kolisch, Kom. § 150 n. 7.

ein Todesurteil handle, dessen Vollstreckung trotz seiner Rechtskraft bis zu einer Entscheidung über Ausübung des Begnadigungsrechts unzulässig sei. In ähnlichem Sinn wird auch von dem Verteidiger geltend gemacht, die berechnete Gebühr müsse deshalb von der Staatskasse bezahlt werden, weil die Befassung der Begnadigungsinstanz vom Gesetz vorgeschrieben sei und dieses unmöglich wollen könne, daß der Verteidiger sich um den wichtigen Bestandteil des Verfahrens nicht kümmere, der Verteidiger vielmehr auch hier das dem Verurteilten dienliche vorzubringen habe. Hiemit wird aber ebensosehr der oben entwickelte Unterschied zwischen dem Straf- und dem Begnadigungsverfahren außer Acht gelassen, als weiter übersehen, daß in den Fällen, in denen das Urteil von Amtswegen zur etwaigen Begnadigung vorzulegen ist, für die Interessen des Verurteilten in ganz besonderer Weise gesorgt ist. In diesen Fällen hat nach A. 8 das A.G. z. St.P.O. das (erkennende) Gericht selbst darüber zu beraten, ob für die Begnadigung sprechende Gründe vorhanden sind, und eine Aeußerung über das Ergebnis dieser Beratung dem Justizministerium vorzulegen, und nach § 4 der angeführten V.O. v. 25. Sept. 1879 ist auch dem Verurteilten zu eröffnen, daß ihm freistehe, seine etwaige Bitte um Begnadigung zu Protokoll zu geben oder ein schriftliches Begnadigungsgesuch einzureichen; wäre je nach Umständen auch die Beiziehung eines Rechtsanwalts zu diesem Zweck für erforderlich gehalten worden, so wäre hier Anlaß gewesen, es zu bemerken [1]).

Auch die besondere Wichtigkeit und Schwere eines Todesurteils vermag zu einer anderen Annahme um so weniger zu führen, als nach bekannter feststehender, auch im vorliegenden Fall eingehaltener Uebung das Justizministerium in den Anklagesachen, bei denen ein Todesurteil in Frage kommen kann, eben wegen dieser Frage einen eigenen Beamten zur Hauptverhandlung abordnet.

1) vgl. dazu auch die Verf. betr. die Begnadigung in schweren Straffällen vom 7. Juni 1880, W.Ger.Bl. Bd. 17 S. 353.

Wohl ist es zu verstehen, daß der bestellte Verteidiger nach seinen mit dem Ang. angeknüpften Beziehungen sich verpflichtet fühlen mag, diesem auch bei Betretung des Gnadenwegs noch seinen Beistand zu gewähren, für eine Verpflichtung der Staatskasse aber, ihm hiefür die Gebühr zu bezahlen, fehlt darum nicht weniger eine gesetzliche Grundlage. In dieser Richtung beruft sich zwar der Verteidiger noch darauf, daß nach Löwe Com. § 140 a. E. die Aufgabe des Verteidigers nicht mit der Hauptverhandlung ende, hiemit wird aber nicht widerlegt, daß sie mit der Instanz endet, für die allein sie erteilt ist. Der Verteidiger erhält eine Gebühr aus der Staatskasse auch nicht dafür, daß er für seinen Schützling das Rechtsmittel der Revision nicht bloß einlegt, was in § 70 Geb.O. f. R.A. noch unter die Geschäfte der Instanz gerechnet wird, sondern auch rechtfertigt, wozu er sich in ähnlicher Weise verpflichtet fühlen kann und was wenigstens noch unter den Begriff der Verteidigung fällt[1]).

Der Strafsenat vermochte auch keinen Fall in Erfahrung zu bringen, in dem ein Anspruch des Verteidigers auf Belohnung aus der Staatskasse für Tätigkeit im Begnadigungsverfahren, wenn je erhoben, anerkannt worden wäre. Dagegen sind, worauf schon das Revisorat des Justizministeriums hingewiesen hat, abweisende Entscheidungen anderer Gerichte bekannt[2]); und die Kommentatoren der Gebühren O. für Rechtsanwälte stimmen mit diesen überein.

Beschluß des Strafsenats vom 24. Juni 1902 in St. S. g. Andrä.

11.

1. Betrug bei Erhebung von Zeugengebühren.
2. Ist die Beibringung falscher Belege erforderlich?
3. Genügt Eventualdolus zum Betrug?

Nach dem festgestellten Sachverhalt hat der zu einer

1) Löwe, Komment. § 150 n. 2b; Stenglein § 150 n. 3.

2) Entsch. d. L.G. München V S. 125, vgl. auch VIII S. 191, Sächs. Annalen VII S. 389.

Verhandlung vor der Strafkammer des Landgerichts H. als Zeuge geladene und erschienene Angeklagte zur Fahrt von seinem Wohnort B. nach H. und zurück die dritte Wagenklasse der Eisenbahn benützt und um die Ausbezahlung des Preises einer Fahrkarte zweiter Klasse zu erlangen, dem Kassenbeamten des Landgerichts der Wahrheit zuwider angegeben, seine Fahrkarte habe 5 Mk. gekostet, und — auf eine bezügliche Frage — er sei zweiter Klasse gefahren; der Kassenbeamte hatte ihm hierauf den Preis einer Rückfahrkarte zweiter Klasse mit 4 Mk. 40 Pfg. ausbezahlt, während der von ihm ausgelegte Fahrpreis für dritte Klasse nur 3 Mk. betrug, jene Ausbezahlung erfolgte jedoch nicht auf Grund der beabsichtigten Täuschung des Beamten, vielmehr hatte dieser seinerseits dem unwahren Vorbringen keinen Glauben geschenkt und den höheren Betrag nur vorläufig und mit der hernach auch zur Ausführung gebrachten Absicht der Rückforderung desselben ausbezahlt. Hieraus hat das Berufungsgericht gefolgert, daß der Angeklagte in der auf Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils gerichteten Absicht den Entschluß, das Vermögen des württembergischen Staates durch die mittels Vorspiegelung einer falschen Tatsache zu bewirkende Erregung eines Irrtums zu beschädigen, durch eine Handlung betätigt habe, welche einen Anfang der Ausführung des Vergehens des Betrugs enthält, ohne daß jedoch dieses Vergehen zur Vollendung kam. Die hienach erkannte Verurteilung wegen versuchten Vergehens des Betrugs wird von der Revision des Angeklagten mit der Rüge einer Verletzung der Strafvorschrift des § 263 des St.G.B. in Verbindung mit § 7 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige angefochten.

Nach § 70 St.P.O. hat jeder von dem Richter geladene Zeuge nach Maßgabe der Gebührenordnung Anspruch auf Entschädigung aus der Staatskasse für Zeitversäumnis und wenn sein Erscheinen eine Reise erforderlich macht, auf Erstattung der durch die Reise und den Aufenthalt am Vernehmungsort verursachten Kosten. In der Gebührenordnung

für Zeugen und Sachverständige vom $\frac{\text{30. Juni 1878}}{\text{21. Mai 1898}}$ sind hierüber die näheren Bestimmungen gegeben und in § 7 bezüglich der Reisekosten ausgesprochen, daß soweit nach den persönlichen Verhältnissen des Zeugen oder nach äußeren Umständen die Benützung von Transportmitteln für angemessen zu erachten ist, als Reiseentschädigung die nach billigem Ermessen im einzelnen Fall erforderlichen Kosten zu gewähren sind, während in andern Fällen die Reiseentschädigung für jedes angefangene Kilometer des Hin- und Rückwegs fünf Pfennig beträgt. Der Vorrichter hat für den erstwähnten Fall die Auslegung des Gesetzes dahin gegeben, daß, wenn ein fremdes Transportmittel benützt werde, der Betrag der hiefür gehabten baren Auslagen stets die Grenze des billigen Ermessens nach oben bilde, da ein Mehr an Kosten im einzelnen Fall keineswegs erforderlich gewesen sei. Ob dieser Satz als ausnahmslose Regel im Wortlaut und Sinn des § 7 seine volle Begründung findet, kann, wie der Revision zuzugeben ist, mit Grund bezweifelt werden, da nach dem Wortlaut wie nach den Motiven dem sachlichen billigen Ermessen des Richters, welchem der § 17 die Festsetzung der dem Zeugen zu gewährenden Beträge überträgt, in Ansehung der persönlichen Verhältnisse und äußerer Umstände, wie Weglänge, Jahreszeit, Witterung, Gewohnheit der Gegend &c. ein Spielraum sowohl hinsichtlich der Frage, ob die Benützung des Transportmittels als angemessen zu erachten ist, als hinsichtlich der Frage, welcher Kostenbetrag als erforderlich zu gelten hat, ausdrücklich überlassen wurde. Hiebei werden die wirklichen Auslagen an Fuhrkosten allerdings regelmäßig der Festsetzung der zu gewährenden Beträge zu Grunde zu legen sein, anderseits bildet aber die Tatsache, daß solche Barauslagen im Einzelfall erwachsen sind — wie schon bei Beratung der Gebührenordnung als Absicht des Gesetzgebers ausgesprochen wurde — keineswegs eine Voraussetzung für die Gewährung einer Reiseentschädigung, vielmehr kann eine solche auch bei Benützung des eigenen Fuhr-

werks gewährt werden und ebenso können unter Umständen etwaige Ersparungen, welche ein Zeuge gegenüber dem sonst in Ansehung seiner persönlichen Verhältnisse oder gewisser äußerer Umstände ihm erwachsenden und deshalb als erforderlich zuzubilligenden Reiseaufwand macht, bei Festsetzung des als Reiseentschädigung zu gewährenden Betrags außer Betracht bleiben, wie dies bei Ersparungen hinsichtlich des sog. Zehrungsaufwandes außer Zweifel steht. In jedem Fall aber unterliegt die Zubilligung der Höhe der Reiseentschädigung dem Ermessen des Richters bezw. des diesen zunächst vertretenden Kassenbeamten, und wenn dieses Ermessen durch unrichtige Angaben des Zeugen beeinflußt und hiedurch eine höhere Entschädigung erwirkt wird, als sie sonst zugebilligt worden wäre, so liegt zweifellos objektiv eine Vermögensschädigung auf Seite des Staats und ein Vermögensvorteil auf Seite der Zeugen vor. Der hiegegen gerichtete Angriff der Revision geht fehl.

Eine etwaige rechtsirrige Auslegung der erwähnten Bestimmung des § 7 kommt jedoch für die Frage der Rechtsbeständigkeit des angefochtenen Urteils nur insoweit in Betracht, als die Feststellung eines der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale des Betrugsvergehens durch solche Auslegung beeinflußt sich darstellt, näherhin falls das Berufungsgericht erkennbar etwa davon ausgegangen wäre, daß schon jede Forderung eines seine baren Auslagen an Fuhrkosten übersteigenden Betrags seitens eines Zeugen ohne weiteres die Geltendmachung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils darstelle und zwar auch ohne Rücksicht auf die Auffassung des Zeugen über die Rechtmäßigkeit und Begründung seines Anspruchs. Im Berufungsurteil ist in dieser Richtung folgendes ausgeführt: Der Angeklagte habe nur Anspruch auf Ersatz des Preises der von ihm zur Fahrt gelösten Rückfahrkarte dritter Klasse gehabt, wenn er auch nach seinen persönlichen Verhältnissen die zweite Wagenklasse hätte benützen und dann die Auslagen hiefür hätte ersetzt verlangen dürfen; auf den Vermögensvorteil, den er durch die falsche

Vorspiegelung, er sei zweiter Klasse gefahren, zu erlangen strebte und der im Preisunterschied zwischen Fahrkarte zweiter und dritter Wagenklasse in Höhe von 1 Mk. 40 Pfg. bestand, habe er kein Recht gehabt, er möge zwar der Ansicht gewesen sein, er habe Anspruch auf Ersatz einer Fahrkarte zweiter Klasse, obwohl er nur dritter Klasse gefahren sei, aus der Frage des Kassenbeamten habe er aber ersehen, daß dieser ihm nur die tatsächlich gelöste Fahrkarte ersetzen wolle, und daß derselbe eine bessere Kenntnis der bezüglichen gesetzlichen Vorschriften hatte als er selbst, habe er gewußt. Mit dieser Beweisannahme des Vorrichters wäre nun allerdas zum Tatbestand des vollendeten wie des versuchten Betrugs erforderliche Bewußtsein des Täters von der Rechtswidrigkeit des von ihm erstrebten Vermögensvorteils nicht zweifelsfrei festgestellt; dies geschieht aber in der nachfolgenden Begründung: Der Angeklagte sei nach der Frage des Kassenbeamten zum mindesten im Zweifel darüber gewesen, ob er wirklich Anspruch auf Ersatz einer Fahrkarte zweiter Klasse habe, und er habe auch für den Fall des Nichtbestehens eines solchen Anspruchs eine Täuschung des Beamten bewirken und durch diese aus der Staatskasse den Betrag von 1 Mk. 40 Pfg., auf welchen er keinen Anspruch hatte, sich verschaffen wollen. Hiemit ist zum Ausdruck gebracht, daß der Angeklagte sich die Möglichkeit vorstellte, es stehe ihm kein Anspruch auf Ersatz der höheren Fahrkarte zu und daß er auch für diesen Fall, also im Bewußtsein des mangelnden Rechtsanspruchs den in jenem Mehrbetrag für ihn liegenden Vermögensvorteil erlangen und damit zugleich die entsprechende Schädigung der Staatskasse herbeiführen wollte und zwar durch das Mittel einer durch falsche Vorspiegelung bewirkten Irrtumserregung. Diese Feststellung enthält, was die Momente der Täuschung und der Vermögensbeschädigung sowie des ursächlichen Zusammenhangs zwischen beiden und ferner das Moment der Rechtswidrigkeit des gesuchten Vermögensvorteils nach der objektiven wie nach der subjektiven Seite, abgesehen von der noch zu besprechenden „Absicht",

betrifft, die zum Tatbestand des Betrugsversuchs erforderlichen Merkmale und läßt einen Rechtsirrtum des Vorrichters in der Anwendung der Strafvorschrift der §§ 263, 43 St.G.B. nicht erkennen. Denn daß beim Versuch die Grundsätze vom Eventualdolus in derselben Weise wie bei der vollendeten Straftat platzgreifen, ist in der Rechtsprechung anerkannt und daher bei dem versuchten Betrug gleichgültig, ob der Entschluß des Täters die Vermögensbeschädigung des anderen direkt oder indirekt, für alle Fälle oder nur eventuell umfaßte, wenn er nur diese nach seinem Bewußtsein mögliche Vermögensbeschädigung gewollt, sie nicht bloß in seine Vorstellung, sondern mit in seinen Willen aufgenommen hat. Dies aber ist in obiger Feststellung unzweifelhaft enthalten. Noch erhebt sich aber die Frage, ob auch hinsichtlich der Erlangung des rechtwidrigen Vermögensvorteils die vom Strafgesetz geforderte Absicht rechtlich bedenkenfrei und genügend deutlich festgestellt ist. Denn während für die Vermögensbeschädigung der Vorsatz d. h. das mit dem entsprechenden Willen verbundene Bewußtsein genügt, daß die Täuschung eine Vermögensbeschädigung zur Folge haben werde oder doch haben könne, so trifft ein gleiches nicht für den nebenhergeforderten Bereicherungswillen zu. Hier wird vielmehr die bestimmte Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, vom Gesetz verlangt, also neben dem Beschädigungsvorsatz ein auf einen bestimmten Erfolg gerichtetes Streben, näherhin der gerade auf die Herbeiführung der rechtswidrigen Bereicherung gerichteter Wille, und das in das Gesetz aufgenommene Tatbestandsmerkmal dieser speziellen Absicht ist verschieden vom bloßen Vorsatz. Deshalb erfüllt das Bewußtsein des Täters, daß er sich möglicherweise einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschaffen werde, nicht das für den Tatbestand des Betrugs erforderliche Merkmal einer auf Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils gerichteten Absicht und kann überall, wo das Strafgesetz zum Tatbestand eines Delikts ausdrücklich eine bestimmte Absicht erfordert, der Tatbestand je-

denfalls nur dann für erfüllt angesehen werden, wenn der Täter das, worauf die Absicht gerichtet sein muß, als eine notwendige Folge seines Tuns vorausgesehen und trotzdem entsprechend gehandelt hat. Eben deshalb genügt der dolus eventualis nicht zur Herstellung des subjektiven betrügerischen Tatbestands, wie in der Theorie und Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt ist[1]).

Die aufgeworfene Frage kann vorliegend aus dem Inhalt der Urteilsgründe nicht mit Sicherheit bejaht werden, da nach den getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ungewiß bleibt, ob der Angeklagte mit Eventualdolus im vorerwähnten Sinn oder mit der bestimmten Betrugsabsicht gehandelt hat. Nach diesen Feststellungen ist dem Angeklagten zunächst für die Zeit vor der Frage des Kassenbeamten über den Preis seiner Fahrkarte der gute Glaube an die Rechtmäßigkeit seines Anspruchs zugebilligt, sodann wird aus dieser Frage und zumal aus der weiteren, ob er zweite Wagenklasse gefahren sei, die Erkenntnis des Angeklagten gefolgert, daß ihm der Beamte nur die tatsächlich gelöste Fahrkarte ersetzen wolle, und im Anschluß hieran als Beweisannahme des Gerichts festgestellt, daß der Angeklagte nach der ersten Frage des Kassenbeamten mindestens im Zweifel darüber war, ob er wirklich Anspruch auf Ersatz einer Fahrkarte zweiter Klasse habe, und daß er auch für den Fall des Nichtbestehens seines Anspruchs den höheren Betrag durch Täuschung des Beamten erlangen wollte. Hiemit ist unklar gelassen, ob der erwachte Zweifel sich nur auf den Zeitraum zwischen der ersten und zweiten Frage des Beamten erstreckt oder auf alles, was der ersten Frage nachgefolgt ist, ob also zunächst nur mit Eventualdolus und hernach ohne solchen d. h. mit der bestimmten Absicht auf Erlangung eines als rechtswidrig erkannten Vermögensvorteils seitens des Angeklagten gehandelt wurde. Wollte man von diesen Un-

1) vgl. Oppenhoff zu § 263 Nr. 10; Olshausen das. Nr. 49, Stenglein das. Nr. 20, Rechtspr. R.G. Bd. II S. 493, Entsch. R.G. XV. 9; XXIV 256; XXVII 219.

genauigkeiten absehen und als die maßgebende Feststellung des Berufungsgerichts ansehen, Angeklagter habe auf Grund der ersten Frage des Beamten zum mindesten im Zweifel darüber, ob er wirklich Anspruch auf Ersatz einer Fahrkarte zweiter Klasse habe, also auch für den etwaigen Verneinungsfall diesen ihm nicht zukommenden Ersatz erlangen wollen, so wäre hiemit gegeben, daß er den rechtswidrigen Erfolg nur als eventuellen in seinen Willen aufgenommen habe und eben dies reicht nach obigem nicht aus zur Feststellung, daß er mit der bestimmten Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, gehandelt habe. In diesem Fall wäre auf der Grundlage der vorrichterlichen Feststellung, da ein zum subjektiven Tatbestand auch des Betrugsversuchs erforderliches Merkmal fehlte, seitens des Revisionsgerichts auf Freisprechung zu erkennen. Eine solche Auslegung der getroffenen Feststellungen ist indes dadurch unmöglich gemacht, daß das Berufungsgericht schließlich die tatsächliche Feststellung des Schöffengerichts sich aneignet und ausführt, der vom ersten Richter „zutreffend festgestellte Sachverhalt" rechtfertige die — sodann entsprechend den Gesetzesworten — getroffene Schlußfeststellung, daß der Angeklagte in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, den dem Betrugstatbestand entsprechenden Entschluß betätigt habe. Nun hat aber das Schöffengericht in voller Abweichung vom Berufungsgericht nicht bloß ein vollendetes Vergehen des Betrugs statt eines versuchten als bewiesen angenommen, sondern auch nach der subjektiven Seite festgestellt, daß der Angeklagte sich bewußt war, er könne nur durch Täuschung den Betrag von 4 Mk. 40 Pf. vom Fiskus erlangen, und daß er in der Absicht handelte, auf Kosten des Fiskus 1 Mk. 40 Pf. zu viel zu erheben, — das Schöffengericht hat hienach den Fall eines Eventualdolus ausgeschieden.

Diese ausdrückliche Bezugnahme auf die Feststellungen des Schöffengerichts läßt die gerügte Unsicherheit in den Gründen des angefochtenen Berufungsurteils erkennen, entweder liegt ein innerer Widerspruch zwischen einzelnen wesent-

lichen Feststellungen vor oder ist eine rechtsirrige Auffassung des Berufungsgerichts hinsichtlich des subjektiven Tatbestands des § 263 St.G.B. zu unterstellen. Bei dieser Sachlage ist weder die Aufrechterhaltung des angefochtenen Urteils noch eine sofortige Freisprechung des Angeklagten möglich, vielmehr die Aufhebung des Urteils samt den ihm zu Grunde liegenden Feststellungen und die Zurückverweisung in die Vorinstanz gemäß § 394 Abs. 2 St.P.O. begründet.

Dagegen erweist sich als verfehlt, die anderweite Bemängelung der Revision, daß die falsche Behauptung nur in Verbindung mit einem falschen Beleg zur betrügerischen Vermögensschädigung führe und daß dies auch vom Berufungsgericht anerkannt sei, wenn es ausführe, der Kassenbeamte hätte dem Angeklagten die Fahrkarte abverlangen sollen. Diese Bemerkung im Urteil hat offensichtlich nur den Sinn, daß dies hätte geschehen sollen, weil der Beamte an der Richtigkeit der Angabe des Angeklagten zweifelte, und nicht den von der Revision ihr unterstellten Sinn, daß nicht die Behauptung einer Auslage, sondern erst der hiefür vorgelegte Beleg maßgebend sei. Die von der Revision hiemit vertretene Gleichstellung einer falschen Prozeßbehauptung seitens einer Partei mit der falschen Vorspiegelung eines Zeugen bei der Gebührenerhebung ist nicht gerechtfertigt, vielmehr die Stellung und Tätigkeit des Richters bei solcher Gebührenfestsetzung eine wesentlich andere als im Civilprozeß. Dort kommt die Staatskasse nicht wie im letzteren als Prozeßpartei in Betracht, sondern der Richter hat in Vertretung der Staatskasse für sie die nach der Gebührenordnung zu leistenden Beträge zu bemessen, vgl. Entsch. R.G. in Civils. XXIII S. 327. Wenn deshalb in einem Rechtsstreit die bloß einseitige unwahre Parteibehauptung noch keine Vorspiegelung einer falschen Tatsache im Sinn des § 763 St.G.B. bedeutet, so genügt doch eine falsche Vorspiegelung ohne Benützung von Belegen für den Betrugsbegriff, wenn dieselbe bei Erhebung von Zeugengebühren zu dem Zweck geschieht, das Ermessen des Richters zu beeinflussen und höhere

Beträge zu erlangen als sie sonst bei wahrheitsgemäßer Angabe der gehabten Auslagen gewährt würden.

Urteil des Straffenats vom 13. Januar 1904 gegen E. B. wegen Betrugs.

12.

Ungebühr eines Zeugen. Ist die Umwandlung einer nach § 179 G.Vf.G. erkannten Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe zulässig?

Die letztere Frage ist vom Straffenat in einer Beschwerdesache gegen die vom Schöffengericht St. wegen Ungebühr gegen eine Zeugin festgesetzten Ordnungsstrafe von 5 M., bezw. im Uneinbringlichkeitsfall von einem Tage Haft abweichend von Löwe Komm. zu § 179 G.Vf.G. Nr. 5 verneint worden.

Aus den Gründen:

in der Erwägung:

1) . . . 2) daß in dem festgestellten Verhalten der Beschwerdeführerin unbedenklich wie geschehen eine Ungebühr im Sinn des § 179 G.Vf.G. gesehen werden konnte, da sofern auch eine gröblichere Verletzung der Ordnung der Verhandlung in dem bloßen unbefugten Dazwischenreden noch nicht erblickt zu werden vermag, jedenfalls in dem bekundeten Ungehorsam gegen die öftere Zurechtweisung des Vorsitzenden eine offene Mißachtung des dem Gericht schuldigen Respekts und zugleich eine derartige Störung der Verhandlung gegeben war, daß die ordentliche Disziplin des Vorsitzenden nicht ausreichte, wodurch die Annahme einer Ungebühr gerechtfertigt erscheint;

3) daß zwar gegenüber einem Zeugen, welcher den zur Aufrechterhaltung der Ordnung erlassenen Befehlen nicht gehorcht, im § 178 G.Vf.G. zunächst die Entfernung aus dem Sitzungssaal als Disziplinarmaßregel des Gerichts vorgesehen ist, daß aber, sofern solcher Ungehorsam nach den obwaltenden Umständen zugleich als Ungebühr sich darstellt das Gericht nicht gehindert ist, hiewegen eine Ordnungsstrafe gemäß § 179 festzusetzen und von der ersteren Maßnahme

abzusehen, zumal deren Anordnung auch nur als fakultative im Gesetz zugelassen ist;

4) ... 5) daß jedoch die im Beschluß des Schöffengerichts für den Fall der Uneinbringlichkeit ausgesprochene Umwandlung der erkannten Geldstrafe in eine Haftstrafe gesetzlich nicht zulässig ist, da es sich um eine im Gerichtsverfassungsgesetz angeordnete Ordnungsstrafe handelt und dieses Gesetz eine Bestimmung über Umwandlung uneinbringlicher Geldstrafen nicht kennt, die hiefür gegebenen Vorschriften der §§ 28, 29 St.G.B. und des § 491 St.P.O. sich nur auf kriminelle und polizeiliche Strafen, speziell außer dem Strafgesetzbuch nur auf strafrechtliche Nebengesetze beziehen und das Gerichtsverfassungsgesetz ein solches Nebengesetz nicht ist, wie auch nach der ausdrücklichen Erklärung in den Motiven zu § 3 Einf.-Ges. z. St.P.O. S. 254 solche Fälle ausscheiden, in welchen eine Strafe als Ordnungsstrafe, um den gesetzlichen Gang eines gerichtlichen Verfahrens zu sichern, in Betracht kommt, so daß jene Vorschriften weder eine unmittelbare noch auch nur eine analoge Anwendung auf die nach dem G.Verf.G. zu erkennenden Ordnungsstrafen finden können und hienach der anderweiten Auffassung von Löwe Nr. 5 zu § 179 und Stenglein Nr. 2 dort nicht beigetreten werden kann; vgl. hiezu Gaupp-Stein Komm. z. C.P.O. Aufl. 4. Vorbem. zu Abschn. 3. Ziff. III. 2 Nr. 28, Struckmann-Koch, Aufl. 8. zu § 179 Nr. 3, Wilmowsky-Levi, Aufl. 7. das. Nr. 2, Entsch. R.G. in Civils. Bd. 7 S. 358, Preuß. Kamm. Ger. bei Johow Jb. 8 S. 258 und Busch Bd. XX S. 495, O.L.G. München Slg. Bd. 9 S. 375, Bair. Ob.-L.G. Bd. I S. 377, Ann. Sächs. O.L.G. Bd. XX S. 194.

Beschluß des Straffenats vom 18. Okt. 1903 in der Beschwerdesache der Emma Günther.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

10.

Zu §§ 25 und 26 des Gewerbe-Unfallversicherungsgesetzes.

A. B. hat, während er in B. in der Brauerei des R. L. als Bierführer in Beschäftigung stand, am 24. Juli 1901 einen Betriebsunfall erlitten, indem er von einem Pferd, das er putzte, so an die Wand gedrückt wurde, daß ihm der Brustkorb eingedrückt wurde; der Arzt Dr. S. hat hierüber der Brauerei- und Mälzereiberufsgenossenschaft Sektion III in Stuttgart Bescheinigungen am 9. September und 25. Oktober 1901 abgegeben. Nachdem zunächst die Gemeinsame Ortskrankenkasse M. dem B. als ihrem Mitglied die statutenmäßige Krankenunterstützung in der Dauer von 13 Wochen gewährt hatte, erhielt B. von dem Vorstand der Sektion III der Berufsgenossenschaft seit dem 24. Oktober 1901 neben dem Ersatz der Kosten des etwa noch erforderlichen Heilverfahrens eine Unfallrente bewilligt, die zuerst bei Annahme seiner völligen Erwerbsunfähigkeit auf monatlich 75 M. 60 Pf. festgesetzt, vom 1. Mai 1902 an aber bei Annahme von 30% Erwerbsunfähigkeit, nachdem Dr. S. am 20. März das Gutachten abgegeben habe, daß B. leichtere Arbeiten wieder verrichten könne, auf monatlich 22 M. 70 Pf. herabgesetzt wurde.

Während B. diese Unfallrente noch bezog, hat er in der L.schen Bierbrauerei wieder eine Beschädigung erlitten. Nach dem Inhalt der Unfallanzeige vom 24. Juni 1902 war B.

jetzt Hausknecht in der Brauerei und hatte er den Bierausschank an die Brauer zu besorgen; er wollte zwei leere Bierfässer in die Wichs verbringen, beim Heben eines Fasses auf den Wichsboden verspürte er ein Krachen und erlitt er die Beschädigung, die ihn wieder ganz erwerbsunfähig machte. Die Gemeinsame Ortskrankenkasse M. leistete nunmehr wieder dem V. als ihrem Mitglied Krankenunterstützung.

Schon am 2./3. Juli 1902 wandte sich aber die Ortskrankenkasse an die „Brauerei- und Mälzereiberufsgenossenschaft Stuttgart" mit der Frage, ob die Krankenkasse das statutenmäßige Krankengeld auszahlen solle und von der Berufsgenossenschaft Ersatz erhalten werde oder ob dem V. wieder die volle Rente werde bewilligt werden, worauf der Vorstand der Berufsgenossenschaft Sektion III erwiderte: Der Unfall vom 19. Juni sei ein neuer, für sich zu behandelnder Unfall, für den während der ersten 13 Wochen die Krankenkasse einzutreten habe. Die Ortskrankenkasse entgegnete am 26. Juli: V. sei im Karl-Olga-Krankenhaus in Stuttgart mit Röntgenstrahlen untersucht worden und das ärztliche Gutachten komme zu dem Ergebnisse, ein Rippenbruch könne nur durch Fall oder Druck entstehen, nicht aber durch Heben eines Bierfasses, es wäre denn schon vorher ein Bruch vorhanden gewesen, was hier zutreffe; es sei also bloß eine Verschlimmerung des ersten Unfalles festgestellt worden.

Die Ortskrankenkasse gewährte dem V. Krankenunterstützung bis zum Ablauf der 13. Woche und liquidierte sodann am 20./21. September zum Ersatz den Betrag von 216 M. 12 Pf., nämlich Krankengeld für 78 Tage zu 1 M. 75 Pf. = 136 M. 50 Pf. und Arzt- und Apothekerkosten für 91 Tage zu 87,5 Pf. = 79 M. 62 Pf. Die Erstattung wurde aber wieder aus dem Grunde abgelehnt, daß es sich um einen neuen Unfall handle.

Am 3. Oktober hatte für die Berufsgenossenschaft Sektion III die Untersuchung des V. durch den Arzt Dr. S. stattgefunden. Bei der Vornahme der ortspolizeilichen Unfall-

untersuchung durch die Ortsbehörde für Arbeiterversicherung am 6. Oktober, wozu der Bevollmächtigte der Ortskrankenkasse geladen wurde, aber nicht erschienen ist, wiederholte bei seiner Vernehmung V., indem er um Erhöhung seiner bis jetzt verwilligten Rente nachsuchte, seine Angabe über die Umstände, unter denen er die Beschädigung erlitten hatte, mit der Ergänzung, daß beim Heben des zweiten Fasses er das Krachen und Stechen durch die Rippen gegen das linke Schulterblatt verspürt habe, und mit der Erklärung, daß er seit dem 2. April 1902 nur noch den Lohn von monatlich 100 M. als Hausknecht erhalte. Am 22. Oktober 1902 beschloß der Vorstand der Berufsgenossenschaft Sektion III, neben dem Ersatz der Kosten des Heilverfahrens, welche noch vom Beginn der 14. Woche vom Tage des Unfalls an gerechnet, also vom 19. September 1902 an erwachsen, dem V., dessen Erwerbsunfähigkeit als eine völlige anzusehen sei, vom 19. September 1902 an eine Unfallrente von monatlich 71 M. 10 Pf. — unter Erhöhung der bisherigen Rente um diesen Betrag — zu bewilligen, den von der Ortskrankenkasse gemachten Ersatzanspruch aber zurückzuweisen, da es sich nicht um die Folgen des früheren Unfalls, sondern um einen neuen Unfall handle. Der über den ersten Teil des Beschlusses ohne die Begründung, daß die Beschädigung ein neuer Unfall sei, ausgefertigte Bescheid führt an, daß V. bereits aus dem am 24. Juli 1901 erlittenen Unfall eine Rente von 30% mit monatlichen 22,70 M. erhalte, und wurde dem V., während die Ortskrankenkasse nicht nochmals eine Eröffnung erhielt, mit der Belehrung über das ihm zustehende Rechtsmittel der Berufung auf schiedsrichterliche Entscheidung zugestellt. Von V. ist aber dieses Rechtsmittel nicht eingelegt worden.

Namens der Ortskrankenkasse hat der Vorsitzende ihres Vorstands den Anspruch auf Erstattung der liquidierten 216 M. 12 Pf. unter Einsendung des Gutachtens des Dr. H. am Karl-Olga-Krankenhaus erneuert; der Vorsitzende des Vorstands der Sektion III erließ aber einen wiederholt ab-

lehnenden Bescheid mit der Belehrung über das Rechtsmittel der Berufung auf schiedsrichterliche Entscheidung. Als jedoch die Ortskrankenkasse die Berufung an das Schiedsgericht wirklich erhob, wurde am 9. Mai 1903 von dem Vorstand der Sektion III der Bescheid zurückgezogen, weil die Entscheidung über den Anspruch nach §§ 25 und 26 des Gewerbeunfallversicherungsgesetzes vom 30. Juni 1900 den Instanzen des Verwaltungsstreitverfahrens zustehe.

Am 19./20. Juni 1903 hat nun die Ortskrankenkasse Klage bei der K. Kreisregierung in Ludwigsburg gegen die Brauerei- und Mälzereiberufsgenossenschaft Sektion III in Stuttgart auf Bezahlung von 216 M. 12 Pf. mit der Behauptung, daß es sich bei V. nicht um einen neuen Unfall, sondern um eine Verschlimmerung des früheren handle, unter Vorlegung des von Dr. H. erstatteten Gutachtens erhoben; hernach wurde eventuell die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens beantragt. Die Beklagte bestritt wieder ihre Ersatzpflicht und durch Urteil vom 12. Oktober hat die Kreisregierung die Klage als unbegründet abgewiesen. Hiegegen hat die Ortskrankenkasse Berufung unter Erneuerung des Antrags auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens bezüglich des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der ersten und der zweiten Verletzung des V. erhoben.

In der Instanz des Verwaltungsgerichtshofs ergab sich zunächst, daß die Klage richtig gegen die Brauerei- und Mälzerei-Berufsgenossenschaft mit dem Sitze in Frankfurt a. M. hätte anhängig gemacht werden sollen; der Vorsitzende des Vorstands derselben Kommerzienrat H. daselbst gab jedoch die Erklärung ab, daß er die bisherige Prozeßführung der Sektion III sowohl vor der Regierung in Ludwigsburg als auch in der Berufungsinstanz als für die Berufsgenossenschaft verbindlich anerkenne. Der Vertreter der Ortskrankenkasse änderte sein Gesuch dahin ab: Die Beklagte gemäß § 25 Abs. 3 des G.U.V.G. zur Ersatzleistung durch Ueberweisung von drei halben Monatsbeträgen der Rente des V.

zu verurteilen, wobei er davon ausging, daß drei halbe Monatsbeträge seiner ursprünglichen Rente von 75 M. 60 Pf. zu überweisen seien, sofern V. nach dem 19. Juni 1902 wieder wie zu Anfang völlig erwerbsunfähig gewesen sei. Zugleich legte er eine Erklärung des V. vor, daß er in die Ueberweisung der Rentenbeträge nicht willige, aber, möge der Verwaltungsgerichtshof zu Gunsten der einen oder der andern Partei entscheiden, das Ergebnis des Prozesses auch für sich als bindend anerkenne.

Nachdem der Vertreter der Berufsgenossenschaft die Zurückweisung der Berufung beantragt hatte, beschloß der Verwaltungsgerichtshof, darüber, ob die am 19. Juni 1902 dem V. bei dem Heben leerer Bierfäßchen widerfahrene zweite Beschädigung als eine Folge des von ihm am 24. Juli 1901 erlittenen Betriebsunfalls, welche mit diesem in ursächlichem Zusammenhang steht, oder als neuer Betriebsunfall im Sinne des G.U.V.G. anzusehen ist, Beweis einzuziehen durch Vernehmung des V. als Zeugen über die näheren Umstände des Vorgangs und über die Art seiner Wiederbeschäftigung seit der am 20. März 1902 von dem Arzt Dr. S. vorgenommenen Untersuchung seines Körperzustands und durch Einforderung des Gutachtens eines Sachverständigen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat alsdann die Berufung als unbegründet zurückgewiesen.

Gründe:

I. Der Mangel richtiger Bezeichnung der beklagten Partei und ihrer richtigen Vertretung ist durch die Genehmigungserklärung des Vorsitzenden des Vorstands der Berufsgenossenschaft, Kommerzienrats H. in Frankfurt a. M. gehoben. Obwohl die beklagte Berufsgenossenschaft ihren Sitz in Frankfurt a. M. hat, ist, wie sich aus § 26 Abs. 2 des G.U.V.G. und Art. 25 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege ergibt, die örtliche Zuständigkeit der Kreisregierung in Ludwigsburg und des Verwaltungsgerichtshofs unverändert geblieben.

II. Nach § 26 Abs. 1 des G.U.V.G. war der Antrag

auf Ueberweisung von Rentenbeträgen bei der Berufsgenossenschaft, da es sich um den Ersatz für eine vorübergehende Unterstützung handelte, bei Vermeidung des Ausschlusses spätestens binnen 3 Monaten seit Beendigung der Unterstützung geltend zu machen. Es kann der Klägerin zugegeben werden, daß dieser gesetzlichen Anforderung durch die Geltendmachung des Ersatzanspruchs, obschon derselbe nicht speziell auf Ueberweisung von Rentenbeträgen gerichtet wurde, genügt worden sei. Die erhobene Berufung muß aber ohne Erfolg bleiben.

1. Zwar ist das Schutzvorbringen der Beklagten unbegründet, durch den Bescheid der Sektion III vom 22. Oktober 1902 sei dem B. gegenüber rechtskräftig entschieden worden, daß ihm für die ersten 13 Wochen nach der zweiten Beschädigung hinsichtlich der dadurch hervorgerufenen Erwerbsunfähigkeit eine Rente nicht zustehe, und es sei daher auch nicht möglich, der Klägerin für die während der angegebenen Zeit geleistete Unterstützung Ersatz zu leisten. Denn B. hat auch während der ersten 13 Wochen nach der zweiten Beschädigung die reduzierte Monatsrente von 22 M. 70 Pf. bezogen, und die Einwendung der Beklagten, daß diese Rente keine Entschädigung für die durch den „zweiten Unfall“ bedingte Erwerbsunfähigkeit sei, geht fehl, da ja die Klägerin Entschädigung mittels Ueberweisung von Renten verlangt, die nach ihrer Behauptung dem B. als Entschädigung für die in ursächlichem Zusammenhang mit dem ursprünglichen Betriebsunfall stehenden Folgen desselben zugestanden, und zweifellos diese reduzierte Monatsrente von 22 M. 70 Pf. eine Bewilligung für den ursprünglichen Betriebsunfall ist.

Es ist aber auch dem B. die Wiederhöherbemessung der ursprünglichen Rente für den angegebenen Zeitraum nicht rechtskräftig aberkannt worden. Er hat am 6. Oktober 1902 um „Erhöhung seiner bis jetzt verwilligten Rente“ gebeten. Aus den Akten und insbesondere aus dem ihm erteilten Bescheid ist nicht ersichtlich, daß mit ihm darüber verhandelt und ihm gegenüber darüber entschieden worden wäre,

daß seine neue Beschädigung n i c h t eine Folge des ursprünglichen Betriebsunfalls sei. Da die beiden Unfallrenten, die er nunmehr zu beziehen haben sollte, zusammen einen höheren Betrag ausmachten als die ursprüngliche volle Unfallrente, hatte er seinerseits ein Rechtsmittel einzulegen keine Veranlassung.

Die von der Klägerin beanspruchte nachträgliche Wiederhöherbemessung der dem V. aus dem Betriebsunfall vom 24. Juli 1901 zustehenden Rente auf den ursprünglichen Betrag von 75 M. 60 Pf. für die ersten 13 Wochen nach dem 19. Juni 1902 zum Zweck der hälftigen Ueberweisung der drei Monatsbeträge an die Klägerin hängt davon ab, ob die während dieser Zeit wieder vorhandene völlige Erwerbsunfähigkeit des V. noch als Folge des ursprünglichen Betriebsunfalls, die mit diesem in ursächlichem Zusammenhang steht, erwiesen werden kann. Hat dem V. gegenüber eine rechtskräftige Aberkennung nicht stattgefunden, so besteht kein rechtliches Hindernis, daß die Krankenkasse von sich aus die Wiederhöherbemessung der Rente zum Zweck der Ueberweisung behufs der Befriedigung ihres Erstattungsanspruchs verlangt. Es kann nicht die Absicht des Gesetzes sein, den Berufsgenossenschaften die Benachteiligung der Krankenkassen durch unrichtige Behandlung einer Unfallsfolge als neuen Betriebsunfalls in die Hand zu geben.

2. Andererseits ist aber auch nicht anzuerkennen, daß die Klägerin für die 13 Wochen ohne weiteres die Ueberweisung des Betrags von 34 M. 75 Pf. aus der Monatsrente von 22 M. 70 Pf. beanspruchen könne, die dem V. von dem ursprünglichen Betriebsunfall verblieben war; es ist nicht anzuerkennen, daß der Klägerin zum Ersatz mittels der Ueberweisung die bloße Tatsache verhelfe, daß V. diese Monatsrente von 22 M. 70 Pf. bereits während der 13 Wochen bezog. Zwar ist in dem § 25 Abs. 2 des G.U.V.G. nach dem Wortlaut nur verlangt, daß auf Grund der aus dem Krankenversicherungsgesetz hervorgehenden Verpflichtung von der Krankenkasse Unterstützung f ü r e i n e n Zeit-

raum geleistet worden ist, für welchen dem Unterstützten nach Maßgabe des G.U.V.G. ein Entschädigungsanspruch zustand oder noch zusteht; es sagt auch Dr. Olshausen im Verwaltungsarchiv Bd. XII S. 58, daß auf dem Gebiet der Unfallversicherung Einheit des Leistungsgrundes nicht mehr erforderlich sei. Als in der in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 25 S. 121 ff. veröffentlichten Entscheidung das Reichsgericht zu dem § 8 des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 die Einheit des Leistungsgrundes für erforderlich erklärte, hat es ausgeführt, daß für die gegenteilige Ansicht nicht ohne weiteres der Satz verwendet werden könne, daß Doppelleistungen von Unterstützungen nicht stattfinden. Das preußische Oberverwaltungsgericht hat in einer Entscheidung vom 6. April 1903 (Entsch. des O.V.G. Bd. 33 S. 342 und Arb.Vers. Bd. 20 S. 539) den Standpunkt eingenommen, daß in betreff der Ersatzansprüche der Kassen der § 25 des neuen G.U.V.G. in diesem Punkte nicht anders als der § 8 des alten Gesetzes auszulegen sei, daß also mit dem Unfall, der zur Bewilligung der Rente den Anlaß gegeben hat, die Unterstützung der Kasse in ursächlichem Zusammenhang stehen müsse: nichts liege dafür vor, daß dem Rentenempfänger, der gegen Zahlung von Beiträgen die Mitgliedschaft bei Kassen fortsetzen und auch neu erwerben dürfe oder sogar müsse, der Bezug der gegen Entgelt erworbenen Kassenleistungen nur gegen einen Ersatzanspruch der Kassen aus seiner Rente habe zugestanden werden sollen; dies wäre offenbar eine Unbilligkeit, deren beabsichtigte Einführung ohne bestimmten Anhalt nicht unterstellt werden könne. Für einen Fall der vorliegenden Art ist denn auch immerhin zu beachten, daß ein Arbeiter, der einen Betriebsunfall erlitten hatte und von demselben noch eine Unfallrente bezieht, in der Regel einen entsprechend verminderten Arbeitsverdienst haben und daher im Fall der Wiedererkrankung infolge neuen Unfalls einen kleineren Betrag an Krankengeld erhalten wird. Der Verwaltungsgerichtshof nimmt keinen Anstand, der Auslegung des

preußischen Oberverwaltungsgerichts beizutreten; vergl. auch v. Woedtke-Caspar, G.U.V.G. 7. Ausg. 8. Aufl. S. 152, Hahn, Krankenvers.Ges. 3. Aufl. S. 410 Note 3.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt somit, auch soweit es sich um die Ueberweisung des Teilbetrags von 34 M. 75 Pf. aus der dem V. verbliebenen Monatsrente von 22 M. 70 Pf. handelt, davon ab, ob die nach dem 19. Juni 1902 wieder vorhandene völlige Erwerbsunfähigkeit des V., für welche dieser aufs neue die Unterstützung der Kasse erhalten hat, noch als Folge des ursprünglichen Betriebsunfalls, die mit diesem in ursächlichem Zusammenhang steht, erwiesen werden kann.

3. Dieser Beweis liegt der Klägerin ob und ist von ihr auch in zweiter Instanz nicht erbracht worden.

Der Unterrichter ist bei seiner Entscheidung davon ausgegangen, daß der Arzt Dr. S. schon in seinem Bericht vom 9. September 1901 konstatiert habe, die Heilung des V. sei jetzt vollständig, und hat ohne weiteres angenommen, daß, wenn durch die neue Beschädigung des V. die völlige Erwerbsunfähigkeit des zuvor nur um 30% in seiner Erwerbsfähigkeit beeinträchtigten V. herbeigeführt worden sei, hiedurch der ursächliche Zusammenhang zwischen dem am 24. Juli 1901 eingetretenen Betriebsunfall und dem Zustand des V. nach dem zweiten „Unfall“ durchbrochen worden sei. Allein Dr. S. hat in jener Bescheinigung hinzugefügt, V. könne den linken Arm noch nicht zum Arbeiten gebrauchen und werde in 1 bis zwei Wochen seine Arbeit voraussichtlich wieder aufnehmen können, und in seiner späteren Bescheinigung vom 25. Oktober 1901 hat er nur gesagt, die Heilung sei vollendet, so daß von einer besonderen Kur nicht mehr die Rede sein könne; der Verletzte sei aber noch ganz erwerbsunfähig. Am 20. März 1902 hat sodann Dr. S. das Gutachten abgegeben, daß V. leichtere Arbeiten wieder verrichten könne.

V., der infolge der zweiten Beschädigung nicht mehr im Dienste des L. steht, hat bei seiner Vernehmung am 9. Mai

d. Js. über die Beschäftigung, die er seit dem 2. April 1902 als Hausknecht in der L.schen Bierbrauerei gehabt hatte, und über die näheren Umstände des Vorgangs vom 19. Juni 1902 die nachträglich beschworenen glaubwürdigen Angaben gemacht: Er habe nur die leichte Arbeit gehabt, in der Kantine den Bierausschank für das aus 70 Leuten bestehende Brauereipersonal jeden Werktag von morgens 6 Uhr bis abends 8 Uhr und daneben das Abwischen der Tische und Bänke zu besorgen; zum Hereinrollen der vollen Bierfäßchen sei ihm ein anderer Mann beigegeben gewesen und das Bier sei aus den Fäßchen in der Weise, daß diese auf dem Boden liegen bleiben konnten, abgefüllt worden. Auch zu Hause habe er keine irgendwie anstrengende Arbeit verrichtet. Etwa nach einem Monat habe er angefangen, sich wieder im Gebrauch seiner Kräfte einigermaßen zu üben, indem er leere Bierfäßchen hinausgerollt oder auch in die Höhe, allmählich etwas mehr in die Höhe, gehoben habe; schließlich habe er leere Fäßchen bis zur Brusthöhe gehoben, ohne daß ihm dies Schmerzen bereitet habe. Am Abend des 19. Juni 1902 sei es dann erstmals vorgekommen, daß er, um zu sehen, wie es mit seinen Kräften stehe, und in der Annahme, daß er dies jetzt vollbringen könne, die leeren Bierfäßchen auf den etwa 1½ Meter hohen Wichsboden frei vom Boden auf habe heben wollen. Bei dem Hinaufstellen des ersten Fäßchens, das kleiner gewesen sei, habe er einigen Schmerz verspürt, aber nur den gewöhnlichen Schmerz, den er empfinde, wenn er sich etwas anstrenge. Das zweite Fäßchen sei größer gewesen, habe etwa 60 Liter gefaßt und leer ein Gewicht von 140 bis 150 Pfund gehabt, bei dem Emporheben desselben habe sich der starke Schmerz und das Krachen eingestellt und er habe das Fäßchen nicht mehr bis auf den Wichsboden hinaufzubringen vermocht, sondern habe es wieder herablassen müssen. Die Anstrengung mit dem Emporheben dieser beiden Fäßchen sei größer gewesen, als er sich jemals vorher in seiner Beschäftigung zugemutet habe.

Der Sachverständige Professor Dr. Z. hat bei der von

ihm vorgenommenen Untersuchung des V. nur noch eine Knochenverdickung am linken Schlüsselbein als Folge eines Bruchs desselben, der wohl bei dem ersten Unfall stattgefunden habe, vorgefunden; am Brustbein-Schlüsselbeingelenk und an der ersten linken Rippe war eine anatomische Veränderung nicht mehr festzustellen. Nach diesem Befund ist es dem Sachverständigen unerklärlich, daß V. gar nichts soll arbeiten können, daß er nicht die Beschäftigung, die er vor der zweiten Beschädigung ausgeübt hat, auch jetzt verrichten könne. In betreff des Zusammenhangs der zweiten Beschädigung mit dem ursprünglichen Unfall erklärt der Sachverständige: Nach seiner Meinung könne es keinem Zweifel unterliegen, daß die Beschädigung vom 19. Juni 1902 als neuer Unfall aufzufassen sei: denn das Heben des Bierfasses stelle ein plötzlich d. h. zeitlich bestimmbares Ereignis dar, es seien also die vom Gesetz verlangten Voraussetzungen erfüllt. Auffallend sei dabei nur, daß durch den zweiten Unfall dieselbe Gegend betroffen wurde, die schon durch den ersten Unfall geschädigt war. Dies lege unwillkürlich die Vermutung nahe, daß von dem ersten Unfall her eine weniger widerstandsfähige Stelle vorhanden war, die der zweiten Gewalteinwirkung leichter nachgab, als es bei gesunden Verhältnissen der Fall gewesen wäre. Die Entscheidung sei deshalb nicht leicht zu treffen, weil die stattgehabten Verletzungen in beiden Fällen nicht scharf genug präzisiert seien, wohl deshalb, weil die Schwellung der Weichteile eine genaue Diagnose nicht zuließ. Wenn als richtig angenommen werde, daß es sich beim zweiten Unfall um einen Bruch der zweiten Rippe in der vorderen Achselhöhlenlinie gehandelt habe, so könne dieser Bruch nur auf indirektem Wege durch Muskelzug entstanden sein. Die meisten Rippenbrüche entstehen auf direktem Weg am Ort der auftreffenden Gewalt. Bei den indirekt entstehenden seien es aber zwei bevorzugte Stellen, an denen der Bruch seinen Sitz habe, der sogenannte Rippenwinkel und die Knochenknorpellinie. Im vorliegenden Falle hätte der Bruch einen zwischen diesen beiden

Stellen gelegenen Punkt betroffen; ein solcher Mechanismus sei daher höchst unwahrscheinlich. Ferner werden von diesen indirekten durch Muskelzug entstandenen Rippenbrüchen fast ausschließlich die unteren (9. bis 12.) Rippen betroffen, der Annahme einer solchen Entstehung an den 5 oberen Rippen, besonders an der hochgelegenen zweiten Rippe müsse mit der größten Vorsicht begegnet werden. Aus diesen Gründen könne der Sachverständige in Uebereinstimmung mit Dr. H. nicht annehmen, daß es sich bei dem zweiten Unfall um einen frischen Bruch an der zweiten Rippe gehandelt habe, sondern er glaube, daß es sich um einen bei dem ersten Unfall entstandenen Bruch gehandelt habe, der noch nicht völlig fest geheilt war und nun bei der zweiten Gewalteinwirkung nachgegeben hat; bei dem bei dem ersten Unfall stattgehabten Mechanismus — Zusammenpressung des Brustkastens — sei auch die Entstehung des Rippenbruchs viel besser erklärbar, als bei dem des zweiten Unfalls.

Auf Grund des in zweiter Instanz erfolgten Beweiseinzugs ist der Verwaltungsgerichtshof der Ansicht, daß für die neue Beschädigung, die V. am 19. Juni 1902 erlitten hat und die von den Parteien übereinstimmend als in dem Betrieb der L.schen Bierbrauerei eingetreten anerkannt wird, in der Tat die Merkmale zutreffen, welche den Begriff des Betriebsunfalls nach dem Gewerbeunfallversicherungsgesetz darstellen.

Jedenfalls kann der Eintritt eines neuen Betriebsunfalls nicht aus dem Grunde verneint werden, daß die neue Beschädigung des V. nur aus einer allmählichen Wiederverschlimmerung seines Zustands hervorgegangen wäre, die, woran zunächst zu denken wäre, durch fortgesetzte allzu angestrengte und darum schädliche Beschäftigung verursacht worden wäre. Andererseits war V., obwohl ihm als Hausknecht in der L.schen Bierbrauerei nur leichte Beschäftigung oblag, doch nicht in einem Zustand von Siechtum verblieben, in dem er zu jeder Arbeit, die auch nur eine ganz geringe Kraftleistung verlangte, unfähig gewesen

wäre. Vielmehr hatten sich bis zum 19. Juni 1902 seine Körperkräfte allmählich gebessert und an diesem Tage hat er mit dem Emporheben der beiden leeren Bierfäßchen nicht etwa eine Tätigkeit versucht, die mit ganz geringer Körperkraft verrichtet werden konnte, sondern das Freiemporheben der Fäßchen, das an diesem Tage erstmals geschah, insbesondere das Freiemporheben des größeren Fäßchens mit dem Gewicht von 140 bis 150 Pfd. bis zur Höhe von 1½ Meter war eine Arbeitsverrichtung, welche die Aufbietung eines beträchtlichen Grads von Körperkraft erforderte. Die Ueberanstrengung, die hiebei sich V. erstmals zumutete, nachdem sich seine Körperkräfte wesentlich gebessert hatten, ist somit als die rechtlich bedeutsame Ursache seiner neuen Beschädigung anzusehen, die eben darum als ein neuer Betriebsunfall sich darstellt [1]).

III. Hienach ist die von der Klägerin erhobene Berufung als unbegründet zurückzuweisen, ohne daß in bezug auf die von der Klägerin beanspruchte nachträgliche Wiederhöherbemessung der dem V. aus dem Betriebsunfall vom 24. Juli 1901 zustehenden Rente auf den ursprünglichen Betrag von 75 Mk. 60 Pfg. zum Zwecke der hälftigen Ueberweisung der drei Monatsbeträge an die Klägerin die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zu erörtern ist [2]).

Urteil vom 6. Juli 1904 in der V.S. der Gemeinf. Ortskrankenkasse Möhringen a./F. gegen die Brauerei- und Mälzerei-Berufsgenossenschaft.

1) Vergl. Handbuch der Unfallversicherung, Neue Ausgabe 1901 S. 28 f., S. 147 f., v. Woedtke-Caspar Gew.U.V.G. 5. Aufl. S. 154.

2) Vergl. Handbuch der Unfall-Versicherung zu § 8 des U.V.G. vom 6. Juli 1884 Note 6. 7 und 7 a S. 191—193. Entsch. des Reichsverf.-Amts vom 5. Juni 1895 in den Amtl. Nachrichten, Inv.- und Altersverf. 1895 Nr. 1609 S. 229. Isenbart und Spielhagen zu §§ 49—51 des Invalidenverf.-Gef. vom 13. Juli 1899 Note 4 e und Note 8 S. 308 f. und 312. v. Woedtke-Caspar zu § 76 des Gew.U.V.G. Note 3 S. 392.

11.

Zu Art. 12 des Gesetzes vom 6. Juli 1849, betreffend einige Abänderungen und Ergänzungen der Gemeindeordnung. Ausschluß der Rechtsbeschwerde.

Am 7. Dezember 1903 fand in der Gemeinde H. im Oberamt B. auf Grund einer 217 Wahlberechtigte enthaltenden Wählerliste die Wahl von drei Gemeinderäten statt. An demselben Tage noch wurde von der Wahlkommission festgestellt, daß auf den seitherigen Gemeinderat F. S. 135 Stimmen, auf den Bauern J. B. 123 Stimmen und auf den Wirt M. und den Bauern H. R. je 104 Stimmen gefallen seien und hierauf außer den beiden erstgenannten Wirt M. als der ältere für gewählt erklärt, indem das zwischen ihm und dem J. B. bestehende Schwägerschaftsverhältnis wegen der Auflösung der Ehe durch den im Jahre 1890 erfolgten Tod der Ehefrau des B., einer Schwester des M., als unerheblich erachtet wurde. Der Bauer H. R., unter Nr. 165 in die Wählerliste eingetragen, hat bei dieser Wahl von seinem Wahlrecht ordnungsmäßigen Gebrauch gemacht.

Nach öffentlicher Bekanntmachung des Wahlergebnisses erhob er sofort gegen den Eintritt des Wirts M. in den Gemeinderat mit der Behauptung Beschwerde, daß das Schwägerschaftsverhältnis auch nach Auflösung der dasselbe vermittelnden Ehe gemäß § 1590 Abs. 2 des Bürgerl. Gesetzbuchs ein fortwirkendes Hindernis bilde.

Nachdem diese Beschwerde vom Oberamt am 14. Dezember 1903 als unbegründet abgewiesen worden war, verfolgte er sie weiter an die Kreisregierung in Ludwigsburg, welche ihr jedoch mit der Entscheidung vom 14. Januar 1904 gleichfalls den Erfolg versagte. Gegen die Entscheidung der Kreisregierung hat sodann der Beschwerdeführer die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof eingelegt.

Diese wurde gemäß Art. 15 Ziff. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 als unstatthaft abgewiesen.

Gründe:

Das Gesetz vom 6. Juli 1849, betr. einige Abänderungen und Ergänzungen der Gemeindeordnung, enthält inmitten der für die Gemeinderatswahlen maßgebenden Vorschriften folgende Bestimmungen:

Art. 7 Abs. 1: „Von dem Eintritt in den Gemeinderat sind diejenigen ausgeschlossen, welche mit dem Vorstand oder einem anderen Mitglied des Gemeinderats in erstem oder zweitem Grade (nach bürgerlicher Berechnungsweise) verwandt oder verschwägert sind."

Art. 8 Abs. 3: „Werden gleichzeitig in dem bezeichneten Grade mit einander Verwandte oder Verschwägerte in den Gemeinderat gewählt, so ist nur einer zum Eintritt berechtigt, und zwar, wenn sie sich nicht unter sich verständigen, derjenige, welcher die meisten Stimmen auf sich vereinigt, bei Stimmengleichheit der dem Lebensalter nach ältere."

Art. 11 Abs. 2: „Als gewählt sind diejenigen zu betrachten, welche verhältnismäßig die meisten der abgegebenen Stimmen erhalten haben. Im Falle der Stimmengleichheit geht der ältere dem jüngeren vor."

Sodann ist in dem Art. 12 Abs. 1 und 3 wegen der Anfechtung der Wahl bestimmt:

„Beschwerden gegen die Gültigkeit der Wahl müssen innerhalb acht Tagen, von der Zeit der Bekanntmachung des Ergebnisses der Abstimmung an gerechnet, bei dem Gemeindevorsteher oder Oberamt angebracht werden. Die Entscheidung über die Gültigkeit der Wahl steht dem Oberamt zu, vorbehältlich einer Beschwerde an das dem Oberamte vorgesetzte Verwaltungskollegium, welches endgültig entscheidet. Nach Ablauf der oben bestimmten Frist kann die Gültigkeit der Wahl nur wegen gesetzlicher Mängel in der Person des Gewählten angefochten werden."

Nach der Stellung der Bestimmungen über die Hindernisse der Verwandtschaft und Schwägerschaft, welche in den Motiven zu Art. 7 und 8 des Gesetzesentwurfs als „Gründe relativer Wahlunfähigkeit" bezeichnet werden (Verhandlungen

der Kammer der Abgeordneten 1848/9 Beil. Bd. I. S. 239) unter den das Wahlverfahren regelnden Vorschriften und nach dem Wortlaut des Art. 12 des Gesetzes kann nicht anders angenommen werden, als daß das Gesetz den Entscheidungen der Verwaltungsbehörden über das Zutreffen der genannten Hindernisse anläßlich der Prüfung und Feststellung des Ergebnisses der Gemeinderatswahlen endgültige Wirkung beilegen will, wenn auch diese Hindernisse streng genommen nicht unmittelbar die Wählbarkeit, sondern nur den Eintritt in den Gemeinderat ausschließen (vergl. Fleischhauer, Gemeindeverwaltung S. 12 Note 1). Mit dieser Anordnung ist im Bereiche der nach Art. 12 ergehenden Entscheidungen der Verwaltungsbehörden die Rechtsbeschwerde gemäß Art. 15 Ziff. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 ausgeschlossen (vgl. Sarwey im Württ. Archiv Bd. 17 S. 54 und Oeffentliches Recht S. 489, Göz Verwaltungsrechtspflege S. 103, 261 ff., Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 23. Juli 1902 in den Württ. Jahrbüchern Bd. 14 S. 211 ff.).

Nun ist allerdings im vorliegenden Falle der Beschwerdeführer an dem von ihm beanstandeten Wahlergebnis nicht bloß als Wähler beteiligt, sondern, wenn die angefochtene Entscheidung unrichtig und die vom Beschwerdeführer vertretene Gesetzesauslegung zutreffend wäre, würde auch sein aus dem Wahlergebnis erwachsener Anspruch auf Eintritt in den Gemeinderat verletzt. Allein die gesetzlichen Bestimmungen geben keine Handhabe für eine Einschränkung der endgültigen Wirkung der nach Art. 12 ergehenden Entscheidungen in einem solchen Falle; auch hier ist der in seinem aktiven und passiven Wahlrechte Verletzte lediglich auf die bezüglich der Voraussetzungen und der Wirkungen im Art. 12 geordneten Beschwerden angewiesen. Wenn sich übrigens auch in einem solchen Falle eine Einschränkung der Endgültigkeit der Entscheidung der Kreisregierung rechtfertigen ließe, so könnte dies doch der vorliegenden Rechtsbeschwerde, so wie sie angebracht worden ist, zu einem Erfolge nicht verhelfen, sie wäre dann auf Grund des Art. 59 Abs. 1 des

Gesetzes vom 16. Dezember 1876 wegen mangelnder Erschöpfung des Instanzenzugs der Verwaltungsbehörden abzuweisen, soferne es der Beschwerdeführer unterlassen hat, eine vorgängige Entscheidung des in diesem Falle zunächst zuständigen Ministeriums des Innern herbeizuführen (vergl. Göz a. a. O. S. 579).

Urteil vom 17. Februar 1904 in der Rechtsbeschwerdesache des H. R.

12.

Zu Art. 4 Satz 2 des Jagdgesetzes vom 27. Oktober 1855. Zerschlagung des Jagdbezirks im Wege der Afterverpachtung.

Laut Protokoll und Gemeinderatsbeschluß vom 24. Januar 1901 hat der Beschwerdeführer E. G. die B.er Gemeindejagd, bestehend in 970 Hektar Grundfläche der B.er Markung vom 1. Februar 1901 an auf 6 Jahre um 600 M. gepachtet. Ziff. 8 der Pachtbedingungen lautet im Eingang: „Es wird nur ein Pächter und ein Teilhaber zugelassen, die übrigens die Jagd auch durch einen von ihnen bezeichneten Stellvertreter ausüben lassen können". Ziff. 10 besagt: „Ein Afterpacht und der Austausch von einzelnen Teilen des Jagdpachtbezirks ist nur mit Genehmigung des Gemeinderats zulässig".

Der Beschwerdeführer hat seinen Sohn als Teilhaber und für diesen sowie für sich einen Stellvertreter aufgestellt.

Am 25. August 1901 schloß er mit H. B. einen schriftlichen Afterpachtvertrag ab, wonach er dem B. den rechts von der Straße von St. nach B. und D. liegenden Teil der B.er Jagd auf die Dauer von 6 Jahren gegen einen jährlichen Pachtzins von 150 M. überließ.

Mit Beschluß vom 5. September 1901 hat der Gemeinderat B. diesen Afterpachtvertrag genehmigt.

Anläßlich der Abhör der Stadtpflege-Rechnung von B. machte am 11. Dezember 1902 das Oberamt B. folgenden Rezeß: „Die Afterverpachtung eines Teils der Gemeindejagd steht im Widerspruch mit der Bestimmung des Art. 4. Abs. 1

Satz 2 des Jagd-Gesetzes vom 27. Oktober 1855. Es ist daher in Bälde im Benehmen mit dem Jagdpächter auf Herstellung des gesetzlichen Zustands hinzuwirken". Mit Schreiben vom 11. April 1903 forderte hierauf das Stadtschultheißenamt B. den Beschwerdeführer auf, den Afterpachtvertrag mit B. aufzulösen. Mit Eingabe vom 24. August 1903 stellte auf dies hin der Beschwerdeführer an die Regierung des Neckarkreises den Antrag, die erwähnte Verfügung des Oberamts aufzuheben, da sie etwas rechtlich Unmögliches verlange und der Afterpachtvertrag den gesetzlichen Bestimmungen nicht widerspreche. Mit Beschluß vom 10. Dezember 1903 hat die Regierung des Neckarkreises diese Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Ebenso wurde die an das Ministerium des Innern erhobene weitere Beschwerde von diesem mit Erlaß vom 3. Februar 1904 als unbegründet zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung wurde beim Verwaltungsgerichtshof Rechtsbeschwerde eingelegt mit dem Antrag: die angefochtene Entscheidung und die dem Beschwerdeführer gemachte Auflage aufzuheben. Die Rechtsbeschwerde wurde als sachlich nicht begründet abgewiesen.

Gründe:

Die angefochtene Entscheidung des K. Ministeriums des Innern hat mit durchaus zutreffender Begründung ausgeführt, daß der zwischen dem Beschwerdeführer und dem Afterpächter B. getroffenen Regelung ihres Verhältnisses unter allen Umständen die Bestimmung des Art. 4 Satz 2 des Jagdgesetzes vom 27. Oktober 1855 entgegensteht. Wenn die Beschwerde hiegegen einwendet, diese Vorschrift verbiete nur der Gemeinde als Jagdverpächterin die Zerschlagung des Gemeindejagdbezirks in Jagddistrikte, die nicht durchschnittlich 2000 Morgen enthalten, habe aber mit der rein privatrechtlichen Afterverpachtung der Gemeindejagd seitens des Pächters an einen dritten nichts zu tun, so ist demgegenüber die Ausführung der angefochtenen Entscheidung zu billigen, daß durch die fragliche Bestimmung mittelbar auch eine Zerschlagung eines Jagdbezirks in Stücke

von weniger als 2000 Morgen auf dem Weg der Afterverpachtung verboten ist.

Ein auf eine derartige Afterverpachtung gerichteter Vertrag ist daher, da sich etwas anderes aus dem Gesetz nicht ergibt, gemäß § 134 B.G.B. nichtig. Die Einwilligung der Gemeinde kann dem nichtigen Vertrag nicht zur Gültigkeit verhelfen; der Gemeinde ist nur das Recht eingeräumt, eine an sich zulässige Afterverpachtung zu genehmigen oder nicht zu genehmigen, hauptsächlich wohl, damit ihr nicht eine ihr nicht genehme Persönlichkeit als Afterpächter aufgedrängt werden kann. Auf die Nichtigkeit des Afterpachtvertrags kann sich der Beschwerdeführer dem Afterpächter gegenüber berufen und das Gericht hat diese Nichtigkeit von Amtswegen zu berücksichtigen.

Ein Rechtsstreit zwischen Pächter und Afterpächter über die Jagdberechtigung des letzteren würde vor die Civilgerichte gehören. Aber die Verwaltungsbehörde wäre befugt, von dem Standpunkt aus, daß der vorliegende Afterpachtvertrag nichtig ist, dem Afterpächter die Jagdausübung auf dem ihm vom Beschwerdeführer überlassenen Teil des B.er Gemeindejagdbezirks (außer als Jagdgast des Beschwerdeführers) zu untersagen: vergl. Entscheidung des K. Ministeriums des Innern vom 8. April 1890 im A.Bl. von 1890 S. 133 ff., insbesondere S. 136.

Hienach hat das K. Oberamt B. mit Recht den vorliegenden Afterpachtvertrag als gegen das Gesetz verstoßend bezeichnet. Wenn es weiter angeordnet hat, es sei „in Bälde im Benehmen mit dem Jagdpächter auf Herstellung des gesetzlichen Zustands hinzuwirken", so ist diese Anordnung nicht glücklich gefaßt, sofern nicht gesagt oder ersichtlich ist, in welcher Weise diese Hinwirkung geschehen soll und kann; richtiger wäre es wohl gewesen, wenn der Gemeinderat B. angewiesen worden wäre, den Beteiligten, insbesondere dem Afterpächter, zu eröffnen, der Afterpächter sei, da der vorliegende Afterpachtvertrag sich als nichtig darstelle, zur Ausübung der Jagd auf dem ihm zugewiesenen Teil des Ge-

meindejagdbezirks nicht berechtigt und es werde dementsprechend gegen ihn eingeschritten werden, falls er die Jagd (anders denn als Jagdgast des Pächters) ausüben würde. Beschwert ist aber der Beschwerdeführer durch die getroffene Entscheidung nicht, weil sie in ihrer allgemeinen Fassung ihm keine bestimmte oder unter Strafandrohung gestellte Auflage macht. Sollte ihm auf Grund der oberamtlichen Anordnung eine unzulässige Auflage gemacht werden, so wäre eine Beschwerde hiegegen durch die ergangene Entscheidung des K. Ministeriums des Innern nicht ausgeschlossen.

Urteil vom 13. April 1904 in der Rechtsbeschwerdesache des E. G.

13.

Zu Art. 8 des Umsatzsteuergesetzes vom 28. Dezember 1899. Auflösende Bedingung? Vorbehalt des Rücktrittsrechts?

In dem am 22. August 1903 notariell beurkundeten Vertrage, den M. Sch., Wirts Witwe in G. über den Verkauf des Sch.schen Anwesens mit E. Sch. als Generalbevollmächtigten des Bierbrauereibesitzers R. L. in V. und dessen Ehefrau abgeschlossen hat, hat sich die Witwe Sch. verpflichtet, gegen den Kaufpreis von 62 800 Mk. das Anwesen den L.schen Ehelenten zu Eigentum zu übertragen und zu deren Gunsten auf die ihr zustehende Wirtschaftskonzession zu verzichten; die Bezahlung des Kaufpreises soll in der Weise erfolgen, daß die Forderung der ersten Hypothekargläubigerin bis zur Ablösung gedeckt, die im zweiten Rang versicherte Forderung des Käufers beglichen und der Mehrbetrag bar der Verkäuferin erlegt werde; der Kaufpreis soll am 1. Oktober 1903 bezahlt werden und sofort nach der Zahlung die Uebergabe der Grundstücke und die Auflassung an die Käufer geschehen; im Falle den Käufern nicht gelingen sollte, eine zur Wirtschaftsführung geeignete Person auf den 1. Oktober zu finden, soll die Uebergabe der Grundstücke und überhaupt der Vollzug des Vertrags bis Ende

Oktober 1903 verschoben und die Käuferin die Wirtschaft bis dahin fortzuführen gehalten sein. Hieran schließt sich die Nebenberedung an: „Für den Fall, daß es dem L.schen Bevollmächtigten möglich werden sollte, vor dem Vertragsvollzug, also vor der Auflassung der Grundstücke an die Käufer einen Liebhaber für das Anwesen zu erhalten, der unter denselben Bedingungen in den Kaufvertrag einzutreten hätte, löst sich dieser Vertrag rückwirkend auf, die Verkäuferin muß sich in ein Vertragsverhältnis mit dem neuen Liebhaber einlassen, diesem gegenüber die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung übernehmen, die Grundstücke an ihn auflassen und ihm das Anwesen einschließlich Zubehörden übergeben. Die Käufer Ehegatten L. müssen aber in diesem Falle die Gewähr für Zahlung des Kaufpreises, also eine Bürgschaft für den vollen Kaufpreis übernehmen, im übrigen ist dieser Vertrag unwiderruflich."

In der ersten notariellen Urkunde vom 27. August 1903 hat sodann G. K., Wirt in B., für sich und seine Ehefrau erklärt, er sei bereit, an Stelle des R. L. in den Kaufvertrag einzutreten, mache also der Witwe Sch. das Anerbieten, von ihr die Grundstücke nebst Zubehörden um den auf den Uebernahmetermin 1. Oktober 1903 zur Zahlung fälligen Preis von 62 800 Mk. käuflich zu erwerben, und hat hierauf E. Sch. erklärt, daß er im Namen des R. L. sich für die vollständige und rechtzeitige Zahlung des Kaufpreises von 62 800 Mk. gegenüber der Verkäuferin Sch., also als Selbstzählerbürge verbindlich mache. Und in der zweiten notariellen Urkunde vom 27. August 1903 hat die Witwe Sch. die Erklärung abgegeben, daß sie das Vertragsanerbieten des K., nachdem ihr seitens des R. L. die vollständige und rechtzeitige Zahlung des Kaufpreises gewährleistet sei, annehme und hienach die L.schen Eheleute von dem am 22. August abgeschlossenen Kaufvertrag entbinde und die K.schen Eheleute als Käufer der Grundstücke betrachte, worauf E. Sch. erwiderte, er nehme von dieser Erklärung Kenntnis und erachte die L.'schen Eheleute aus dem Vertragsverhältnis aus-

geschieden, also den Vertragsrücktritt vollständig gegeben.

Am 31. August 1903 hat das Hauptsteueramt St. die Umsatzsteuer aus 62 800 Mk. sowohl dem G. K. als auch dem R. L. mit je 1256 Mk. (753 Mk. 60 Pfg. für den Staat und 502 Mk. 40 Pfg. für die Stadtgemeinde St.) angesetzt.

Die von L. gegen die ihm auferlegte Umsatzsteuer erhobene Beschwerde ist von dem Steuerkollegium Abteilung für direkte Steuern am 21. Januar 1904 als unbegründet abgewiesen worden und auch die von ihm an das Finanzministerium erhobene weitere Beschwerde ist erfolglos geblieben. Gegen dessen Entscheidung vom 9. April 1904 hat L. Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof mit dem Antrag auf Aufhebung des Steueransatzes erhoben.

Das Rechtsmittel wurde als unbegründet abgewiesen.

Gründe:

I. Gegen die angefochtene Entscheidung hat der Beschwerdeführer im wesentlichen unter Wiederholung seines früheren Vorbringens ausgeführt: Der Vertrag vom 22. August 1903 sei unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen worden, in den Vertragsbestimmungen sei unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß sich der Vertrag rückwirkend auflöse, wenn der Vertreter der Käufer vor dem Vertragsvollzug einen Liebhaber beibringe, der unter denselben Bedingungen in den Kaufvertrag eintrete. Die Auffassung des Finanzministeriums, daß die Ansicht zu verwerfen sei, als ob der Vertrag auf Grund eines vorbehaltenen Rücktrittsrechts aufgelöst worden wäre, sei nicht haltbar, denn es sei, wenn auch im Vertrage selbst die Worte nicht gerade so niedergeschrieben seien, doch sicherlich dem Käufer ein Rücktrittsrecht vorbehalten und dieses in der Folge ausgeübt worden, nachdem die Vertragsbedingung, einen anderen Käufer beizubringen, seitens des Bevollmächtigten erfüllt worden sei; daß der einen Anspruch auf Uebertragung des Eigentums begründende Vertrag durch einen neuen Vertrag (das Vertrags-

anerbieten und die Annahme desselben) ersetzt worden sei, sei eine Notwendigkeit gewesen, da auf keine andere Weise ein nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs gültiger Rechtsakt, der einen Anspruch des K. auf Eigentumsübertragung begründet hätte, habe geschaffen werden können. Die richtigste Auffassung werde die sein, daß ein einheitlicher Kaufvertrag vorliege zwischen der Witwe Sch. einerseits und dem Beschwerdeführer oder einem von ihm bis 1. Oktober 1903 beizubringenden Dritten andererseits.

II. Das Umsatzsteuergesetz vom 28. Dezember 1899 hat den Eintritt der Steuerpflicht mit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des obligatorischen Vertrags, und nur subsidiär (falls eine solche Beurkundung nicht oder nicht in Württemberg stattgefunden hat) mit dem dinglichen Vertrag (der Auflassung) und der hieran sich anreihenden Eintragung in das Grundbuch, verknüpft. Der prinzipiell richtigen Gestaltung, die Besteuerung an den Eintritt der Rechtsänderung, den Vollzug des Erwerbungsgeschäfts zu knüpfen, stellte sich das Bedenken entgegen, daß in zahlreichen Fällen zum Zweck der Umgehung der Steuerpflicht oder doch zum Zweck der Hinausschiebung der Bezahlung der Steuer der Erwerber sich mit dem Erwerb des obligatorischen Rechts auf die Uebertragung des Grundstücks begnügen würde, während er sich die wirtschaftlichen Vorteile des Geschäfts durch tatsächliche Uebernahme des Grundstücks alsbald verschaffen und durch Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch sichern könnte. Als Korrektiv gegen die Härten, die bei der Besteuerung des obligatorischen Vertrags ohne Rücksicht darauf, ob in der Folge die Eigentumsübertragung wirklich zum Vollzug kommt, sich ergeben, hat das Gesetz die Bestimmungen in Art. 8 und 9 in der Weise vorgesehen: Ein Rechtsanspruch auf Zurückerstattung der Umsatzsteuer ist in den in dem Art. 9 bezeichneten Fällen ohne weitere Voraussetzung eingeräumt. Nach Art. 8 Abs. 1 bis 3 und Abs. 5 wird bei Rechtsgeschäften im Sinne der Art. 1 und 2, die unter einer Bedingung vorgenommen sind,

der Einzug der Steuer während der Schwebezeit der Bedingung ausgesetzt, bis die Bedingung eintritt; tritt bei einem unter aufschiebender Bedingung vorgenommenen Rechtsgeschäft die Bedingung nicht ein oder tritt bei einem unter auflösender Bedingung vorgenommenen Rechtsgeschäft die Bedingung ein, so unterbleibt der Einzug der Steuer, es sei denn, daß nach den Umständen anzunehmen ist, daß der Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung zu dem Zwecke der Umgehung der Steuerpflicht herbeigeführt ist; diese Vorschriften finden bei befristeten Rechtsgeschäften entsprechende Anwendung. Die Steuer ist jedoch zu entrichten, sobald der Eintrag der Rechtsänderung in das Grundbuch stattfindet. Hiemit übereinstimmend besagt in Abs. 4 und 5 der Art. 8: Bei Rechtsgeschäften, die unter Vorbehalt des Rücktrittsrechts vorgenommen sind, wird der Einzug der Steuer ausgesetzt, bis feststeht, daß das Rücktrittsrecht nicht ausgeübt wird; die Steuer ist jedoch zu entrichten, sobald der Eintrag der Rechtsänderung in das Grundbuch stattfindet. Der Einzug der Steuer wird aber nur bis zum Ablauf von drei Monaten vom Abschluß des Rechtsgeschäfts ab ausgesetzt. Sofern Billigkeitsgründe vorliegen — deren Zutreffen der Nachprüfung des Verwaltungsgerichtshofs entzogen ist — wird nach Abs. 6 die Umsatzsteuer von der höheren Steuerbehörde zurückerstattet, wenn das Rechtsgeschäft auf Grund des vorbehaltenen Rücktrittsrechts nach der dreimonatlichen Frist — oder nach dem Eintrag der Rechtsänderung in das Grundbuch (Verh. der Kammer der Standesherren 1899/1900 Prot.Bd. S. 598/9) — rückgängig gemacht, oder wenn die Ausführung des Rechtsgeschäfts unterblieben ist, wobei Fälle berücksichtigt sind, in denen infolge nachträglicher Vereinbarung die Ausführung des Rechtsgeschäfts unterblieben ist.

Mit Recht hat das Finanzministerium angenommen, daß der Kaufvertrag vom 22. August 1903 nicht ein unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossenes Rechtsgeschäft sei. Es wurde für den Fall, daß ein vor der Auflassung von dem

L.'schen Bevollmächtigten beizubringender Dritter der Witwe Sch. die Bereitwilligkeit, selbst Käufer zu werden, erklären werde, nicht die Endigung der rechtlichen Wirkung des Rechtsgeschäfts, so daß für die Witwe Sch. sowohl als auch der L.'schen Eheleute von selbst der frühere Rechtszustand eintrete, vereinbart, sondern den L.schen Eheleuten wurde die Befugnis eingeräumt, zu verlangen, daß die Witwe Sch. gegen denselben Kaufpreis die Grundstücke dem neuen Kaufsliebhaber zu Eigentum zu übertragen und auf ihre Wirtschaftskonzession zu seinen Gunsten zu verzichten sich verpflichte, und die L.schen Eheleute sollten sodann zwar nicht mehr als Käufer den Kaufpreis zu bezahlen haben, aber als Bürgen die Haftung für den Kaufpreis zu übernehmen verpflichtet sein. Im Falle der Weigerung der Witwe Sch., das Anerbieten des neuen Kaufsliebhabers unter der Bürgschaft der L.schen Eheleute anzunehmen, wäre sie aus dem Vertrage vom 22. August diesen für die Folgen der Nichterfüllung der Vereinbarung haftbar geworden.

Der Kaufvertrag vom 22. August ist aber auch nicht unter dem Vorbehalt eines Rücktrittsrechts der L.schen Eheleute abgeschlossen worden, das von diesen am 27. August ausgeübt worden wäre. Den L.schen Eheleuten ist in dem Kaufvertrag vom 22. August nicht die Befugnis vorbehalten worden, durch einseitige Erklärung ihrerseits den ganzen Kaufvertrag rückgängig zu machen, so daß die Witwe Sch. sowohl als die L.schen Eheleute ihrer Verpflichtungen entbunden sein sollten; sondern wie bemerkt ging die Vereinbarung dahin, daß die Witwe Sch. zum Verkauf ihres Anwesens und zum Verzicht auf ihre Wirtschaftskonzession verpflichtet bleiben und die L.schen Eheleute die Umwandlung des von ihnen mit ihr abgeschlossenen Vertrags in einen von ihr mit dem neuen Kaufsliebhaber, für den sie die Bürgschaft übernehmen, abzuschließenden Kaufvertrag sollen verlangen können. Diese Umwandlung ist durch den Vertragsabschluß zwischen K., der Witwe Sch. und E. Sch. am 27. August bewirkt worden, bei dem dann die Witwe Sch.

mit der Bürgschaft des R. L. anstatt der Bürgschaft der L.'schen Eheleute sich begnügt hat.

Urteil vom 13. Juli 1904 in der Rechtsbeschwerdesache des R. L.

14.

Zu Art. 37 Abs. 3, 39 Abs. 1 und 40 des Zwangsenteignungsgesetzes vom 20. Dezember 1888/28. Juli 1899. Rechtsgültige Hinterlegung? Die Enteignungsverfügung ist der Rechtsbeschwerde entzogen.

In betreff der von der Stadtgemeinde H. beantragten Zwangsenteignung zum Zwecke der stadtbauplanmäßigen Durchführung der U.straße ... hat das Ministerium des Innern durch Erlaß vom 13. März 1903 die Stadtgemeinde H. ermächtigt, die in die Fläche dieser Straßenstrecken fallenden Grundstücke, unter andern die hierin genannten Grundstücke der Firma E. S. Aktiengesellschaft in H. im Wege der Zwangsenteignung zu erwerben; und am 23. Oktober 1903 erging der Erlaß des Ministeriums, daß die der Firma E. S. von der Stadtgemeinde H. zu leistende Entschädigung auf 8705 M. festgestellt werde, Ausfertigungen dieser Entscheidung dem Vertreter des Unternehmens Oberbürgermeister H. unter Hinweisung auf die Bestimmung des Art. 37 Abs. 2 des Zwangsenteignungsgesetzes vom 20. Dezember 1888 in der Fassung des Art. 209 Ziff. V des Ausführungsgesetzes vom 28. Juli 1899 zum Bürgerlichen Gesetzbuch, sowie dem Bevollmächtigten der Firma E. S. Rechtsanwalt G. zuzustellen seien und von der Unternehmerin der Nachweis zu verlangen sei, daß die festgesetzte Entschädigungssumme „rechtzeitig" bezahlt oder hinterlegt sei.

Die Zustellung an Rechtsanwalt G. ist am 3. November geschehen. Oberbürgermeister H. hat den Empfang der Ausfertigung erst am 25. November bestätigt. Nach einer vorläufigen Anzeige vom 29. Dezember berichtete er am 30./31. Dezember an das Oberamt H.: „Durch Beschluß des Gemeinderats vom gestrigen wurde angeordnet, daß die nach

Erlaß des K. Ministeriums des Innern vom 23. Oktober zu leistenden Entschädigungen ..... an die Aktiengesellschaft E. S. im Betrage von 8705 M. bei der hiesigen Stadtpflege hinterlegt werden. Von diesen Beträgen sind jedoch ..... 3145 M. im Streite und ist bei der K. Kreisregierung eine Verwaltungsrechtssache darüber anhängig, daß auf Grund des hiesigen Ortsbaustatuts ..... von S. 629 qm in Erfüllung der Straßenbeitragspflicht unentgeltlich an die Stadtgemeinde abzutreten sind. Die letztgenannten Summen müssen jedenfalls bis zum Austrage des Rechtsstreits hinterlegt bleiben, während der überschießende Teil der Entschädigungsbeiträge jederzeit .... bei der Stadtkasse erhoben werden kann. Es wird somit der Antrag auf Erlassung der Enteignungsverfügung gemäß Art. 37 Abs. 3 des Zwangsenteignungsgesetzes gestellt". Am 7./8. Januar 1904 erhielt die Firma E. S. von der Stadtpflege H. die Benachrichtigung, daß die festgesetzte Entschädigungssumme von 8705 M. bei der Stadtkasse hinterlegt sei beziehungsweise parat liege; hievon seien 3145 M. im Streit, der Rest von 5560 M. könne jederzeit erhoben werden. Diese Mitteilung hat mit dem Berichte des Oberbürgermeisters H. das Oberamt H. dem Ministerium vorgelegt. In einer an die Stadtpflege gerichteten Erwiderung vom 9. Januar, von der nicht ersichtlich ist, daß sie gleichfalls zur Kenntnis des Ministeriums gekommen wäre, erklärte Rechtsanwalt G. als Bevollmächtigter der Firma E. S., daß diese bereit sei, die 5560 M. entgegenzunehmen, aber die Stadtgemeinde H. nicht für befugt halte, die weiteren 3145 M. zurückzubehalten und daher die Stadtgemeinde zu deren Zahlung auffordere.

Am 11. Februar 1904 hat sodann das Ministerium „auf Grund der vom Oberamt vorgelegten Erklärungen der Stadtpflege H. vom 7. Januar, wonach die durch den Erlaß vom 23. Oktober 1903 festgestellten Entschädigungen und zwar .... von 8705 M. für die Aktiengesellschaft E. S. bei der Stadtpflege hinterlegt" seien, in Gemäßheit des Art. 37 Abs. 3 und des Art. 39 Abs. 1 des Zwangsenteignungsge-

setzes die Enteignungsverfügung erlassen. Die Zustellung dieser Entscheidung ist durch das Oberamt am 15. Februar an den Bevollmächtigten der Firma E. S., sowie an die anderen Beteiligten, insbesondere den neubestellten Vertreter der Stadtgemeinde H. Gemeinderat R. erfolgt.

Der Bevollmächtigte der Firma E. S. hat hierauf gegen die Enteignungsverfügung „das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 13 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege" eingelegt mit dem Antrag auf Aufhebung der Enteignungsverfügung und mit der Begründung: Die Enteignungsverfügung dürfe erst erlassen werden, wenn der Unternehmer die rechtsgültige Zahlung oder Hinterlegung der festgesetzten Entschädigungssumme nachgewiesen habe; die Firma S. habe zwar den Teilbetrag von 5560 M. angenommen, aber Bezahlung des Restbetrags begehrt; diese Bezahlung sei nicht erfolgt, ebensowenig habe aber auch eine rechtsgültige Hinterlegung dieses Restbetrags von 3145 M. stattgefunden. In dem Ministerialerlasse vom 23. Oktober 1903 sei der Stadt H. gar keine Befugnis zur Hinterlegung eingeräumt worden; die Hinterlegung setze aber auch voraus, daß ein Dritter das Geld zur Aufbewahrung erhalte, und die Stadt habe nicht damit hinterlegen können, daß sie in der Stadtkasse Geld verwahrt habe; die ordentlichen Hinterlegungsstellen seien die Gerichte. Nachdem die Stadt es versäumt habe, innerhalb dreier Monate seit Zustellung der Entscheidung über die Entschädigungssummme diese zu zahlen, sei das Enteignungsverfahren außer Wirksamkeit getreten.

Das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde des Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege wurde als unstatthaft abgewiesen.

Gründe:

I. Das Rechtsmittel kann keinen Erfolg haben, obwohl der Beschwerdeführerin zuzugeben ist, daß eine rechtsgültige Hinterlegung der Entschädigungssumme und ihres Restbetrags von 3145 M. nicht stattgefunden hat.

In Art. 143 des Ausführungsgesetzes zum B.G.B. sind

die Worte „in Rechtsangelegenheiten" in weitem Sinne zu verstehen, der die Hinterlegung nach Art. 37 Abs. 3 des Zwangsenteignungsgesetzes in der Fassung des Art. 209 Ziff. V des Ausf.-Ges. zum B.G.B. einschließt. Als die Kammer der Abgeordneten den Art. 143 des Ausf.-Ges. dahin abgeändert hatte, daß für die nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts und nach den Vorschriften über das gerichtliche Verfahren vorgeschriebene oder zugelassene Hinterlegung ..... als öffentliche Hinterlegungsstellen das Oberlandesgericht, die Landgerichte und die Amtsgerichte bestimmt werden, hat die Kammer der Standesherren die von ihr beschlossene Wiederherstellung des Entwurfs unter anderem damit begründet, daß die Ausdrucksweise „Bestimmungen des bürgerlichen Rechts" und „gerichtliches Verfahren" streng genommen das Zwangsenteignungsgesetz nicht mitumfassen würde.

Verh. der Kr. der Standesh. 1899/1900 Beil. Bd. S. 234, Prot. Bd. S. 196.

Und da die zur Bezeichnung der Gemeinderäte als Hinterlegungsstellen ergangene Justizministerialverfügung vom 1. Dezember 1899 die Hinterlegung im Zwangsenteignungsverfahren nicht mitgenannt hat, ist schon darum die Behauptung der Stadtgemeinde H., daß eine rechtsgültige Hinterlegung bei der Stadtkasse erfolgt sei, hinfällig.

II. Die am 11. Februar von dem K. Ministerium erlassene Enteignungsverfügung ist jedoch der Anfechtung mit der Rechtsbeschwerde entzogen.

Der Art. 40 des Zwangsenteignungsgesetzes bestimmt: „Wenn der Antrag auf Einleitung des Verfahrens zur Feststellung der Entschädigung nicht innerhalb der nach Art. 23 von der Enteignungsbehörde, bezw. von dem Verwaltungsgerichtshof bestimmten Frist gestellt, oder wenn innerhalb drei Monaten nach Zustellung der Entscheidung über die Feststellung der Entschädigung die Entschädigungssumme nicht gemäß der Bestimmung des Art. 37 ausbezahlt oder hinterlegt wird, so tritt das Enteignungsverfahren außer Wirkung und ist der Eintrag über die Einleitung desselben im Grund-

buch auf Antrag zu löschen. Den Beteiligten steht in diesen Fällen wegen der ihnen infolge des Enteignungsverfahrens erwachsenen Nachteile ein im Rechtsweg verfolgbarer Anspruch gegen den Unternehmer zu". Geht man davon aus, daß der Ministerialerlaß vom 23. Oktober 1903 dem Vertreter der Stadtgemeinde H. nicht erst am 25. November, sondern in Wirklichkeit gleichwie der Firma S. schon am 3. November zugestellt worden war, so war, als am 11. Februar 1904 das K. Ministerium die Enteignungsverfügung erließ, die dreimonatige Frist schon mit dem 3. Februar abgelaufen, ohne daß eine rechtsgültige Zahlung oder Hinterlegung der ganzen Entschädigungssumme erfolgt war, wogegen, wenn die Zustellung als am 25. November 1903 an den Vertreter der Stadtgemeinde geschehen anerkannt wird, die Rechtsbeschwerde als darauf gestützt erscheint, daß die Hinterlegung des Restbetrags, wiewohl innerhalb der dreimonatigen Frist, aber doch nicht in rechtsgültiger Weise erfolgt sei.

Die Bestimmungen des Art. 40 des Gesetzes beruhen auf der Erwägung: Durch die Feststellung des Gegenstands der Enteignung soll dem Unternehmer die Möglichkeit gegeben werden, auf Einleitung des weiteren Verfahrens zum Zweck der Festsetzung der Entschädigung und Erlassung der Enteignungsverfügung anzutragen; die in diesem Verfahren in betreff der Entschädigung ergehende Entscheidung soll ihn sodann in die Lage setzen, durch Bezahlung oder Hinterlegung der Entschädigungssumme die Enteignungsverfügung herbeizuführen. Durch diese vorausgehenden Entscheidungen soll für den Unternehmer ein Recht begründet werden, dem die Verpflichtung des andern Teils entspricht, sich unter den gegebenen Voraussetzungen der Entziehung seiner Rechte zu fügen. Dagegen soll dem Unternehmer freistehen, ob er von der ihm zustehenden Befugnis Gebrauch machen will; er soll nach erfolgter Feststellung des Plans zum Erwerb der darin bezeichneten Enteignungsobjekte nicht verpflichtet sein und soll, selbst nachdem die Entschädigungssumme festgestellt ist,

nicht dazu gezwungen werden können. Die von der Enteignungsbehörde dem Unternehmer auferlegte Entschädigungssumme wird nicht infolge ihrer Festsetzung fällig; das Gesetz hat davon abgesehen, demjenigen, gegen welchen das Enteignungsverfahren gerichtet ist, von einem gewissen Zeitpunkt an ein Recht auf Vollzug der Enteignung oder ein Wahlrecht einzuräumen, ob er das abzutretende Grundstück behalten oder gegen Ueberlassung desselben Zahlung der Entschädigungssumme verlangen will.

Verhdlgen. der Kr. der Abg. 1886/87 I. Beil. Bd. 1. Abt. S. 400; Verhdlgen. der Kr. der Standesh. 1899/1900 Beil. Bd. S. 289, Prot. Bd. S. 227. 229.

Der Art. 40 legt der Enteignungsbehörde die Pflicht auf, das Verfahren zu Feststellung der Entschädigung (unbeschadet der Vorschriften in Art. 38) nicht einzuleiten und die Enteignungsverfügung nicht zu erlassen, wenn der Unternehmer seinen Antrag nicht innerhalb der nach Art. 23 von ihr, bezw. von dem Verwaltungsgerichtshof bestimmten Frist gestellt hat, und legt der Enteignungsbehörde weiter die Pflicht auf, die Enteignungsverfügung nicht zu erlassen, wenn der Unternehmer nicht innerhalb drei Monaten nach Zustellung der Entscheidung über die Feststellung der Entschädigung rechtsgültig die Entschädigungssumme bezahlt oder hinterlegt hat; hiebei besteht auch die Verpflichtung der Enteignungsbehörde, falls die Zahlung oder Hinterlegung zwar innerhalb der drei Monate, aber nicht in rechtsgültiger Weise geschehen ist, von Amtswegen auf die Abstellung des Mangels, wenn diese noch rechtzeitig geschehen kann, hinzuwirken.

Es fehlt jedoch aller Grund für die Annahme, daß, im Falle die Enteignungsbehörde den Ablauf der nach Art. 23 von ihr bezw. von dem Verwaltungsgerichtshof bestimmten Frist unbeachtet gelassen haben würde, darum den Beteiligten die Befugnis zustehen solle, die Entscheidungen, welche die Enteignungsbehörde in dem von ihr zu Feststellung der Entschädigung eingeleiteten Verfahren erläßt, oder gar noch schließlich die von ihr erlassene Enteignungsverfügung mit der Rechtsbe-

schwerde des Art. 13 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege anzufechten; es ist auch die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, welche nach Art. 25 gegen die Planfestsetzungsentscheidung der Enteignungsbehörde dem Unternehmer und den im Sinne des Art. 19 Abs. 1 Beteiligten zusteht, nicht die Rechtsbeschwerde des Art. 13 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes. Ebensowenig ist, im Falle der Unternehmer nicht innerhalb der drei Monate die Entschädigungssumme rechtsgültig bezahlt oder hinterlegt hat oder im Falle die innerhalb der drei Monate geschehene Zahlung oder Hinterlegung nicht in rechtsgültiger Weise erfolgt ist, den Enteigneten die Befugnis, die von der Enteignungsbehörde erlassene Enteigungsverfügung mit der Rechtsbeschwerde bei dem Verwaltungsgerichtshof anzufechten, eingeräumt. In dem Kommissionsberichte der Kammer der Abgeordneten, der in diesem Punkte keinen Widerspruch erfahren hat, ist ausdrücklich gesagt, die Enteignungsverfügung sei jeder Anfechtung durch Beschwerde u. dergl. entzogen, da ihre Zustellung den Eigentumsübergang bewirke und dieser nicht nachträglich wieder rückgängig gemacht werden könne.

Verh. der Kr. der Abg. 1886/88 I. Beil. Bd. 2 Abt. S. 671.

Vergl. auch in betreff der gleichen Auslegung des § 32 des preußischen Gesetzes über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874 Eger Komm. Bd. 2 not. 246 S. 341.

Urteil vom 6. Juli 1904 in der Rechtsbeschwerdesache der Firma E. S.

15.

Zu Art. 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes vom 19. September 1852, betreffend die Steuer von Kapital-, Renten-, Dienst- und Berufseinkommen, in Verbindung mit Art. 2 lit. b Satz 2 des Gesetzes vom 30. März 1872, betreffend Abänderungen dieses Gesetzes. Auslegung der Worte „eine ähnliche Steuer".

M. P. in Wien, der durch Regierungserlaß vom 2. April 1902 aus der württ. Staatsangehörigkeit entlassen wurde

und nunmehr österreichischer Staatsangehöriger ist, hat gemäß der Fassion nach dem Stand vom 1. April 1903 aus Württemberg Dividenden von Aktien und von einer Aktiengesellschaft in Stuttgart eine Tantieme in seiner Eigenschaft als Mitglied des Aufsichtsrats dieser Aktiengesellschaft bezogen. Das Steuerkollegium, Abteilung für direkte Steuern, hat mit Erlaß vom 26. März 1903 zunächst für das Etatsjahr 1903/4 die Beiziehung dieses Einkommens des M. P. zur württ. Kapital- und Diensteinkommensteuer auf Grund des Art. 2 Abs. 2 lit. b des Einkommensteuergesetzes verfügt; und das Finanzministerium hat die dagegen von P. erhobene Beschwerde mit Entscheidung vom 22. April 1904 als unbegründet zurückgewiesen. Diese Ministerialentscheidung hat der Verwaltungsgerichtshof auf die von P. erhobene Rechtsbeschwerde außer Wirkung gesetzt.

Gründe:

Gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. b des württ. Einkommensteuergesetzes vom 19. Septbr. 1852 in Verbindung mit Art. 2 lit. b, 2. Satz des Steuergesetzes vom 30. März 1872 unterliegen in Württemberg nicht wohnhafte dem Deutschen Reich nicht angehörige Ausländer der württ. Einkommensteuerpflicht in Ansehung ihres in Württemberg erwachsenden Einkommens nur, „wenn in dem Heimatlande derselben die Württemberger eine gleiche oder ähnliche Steuer trifft". Die angefochtene Entscheidung geht davon aus, daß hienach Ausländer mit dem in Württemberg erwachsenden Einkommen in dem Falle in Württemberg steuerpflichtig sind, wenn in dem betreffenden ausländischen Staate die nicht daselbst wohnenden Württemberger aus demjenigen Einkommen, welches das württ. Gesetz vom 19. September 1852 der Besteuerung unterwirft, überhaupt eine direkte Steuer zu bezahlen haben, und nimmt an, daß diese Voraussetzung für die in Frage stehende Steuerpflicht zutreffe, da nach den Vorschriften des österreichischen Personalsteuergesetzes vom 25. Oktober 1896 die nicht in Oesterreich wohnenden Württemberger sowohl zur Renten-

steuer nach § 127 Abs. 2, als zur Personaleinkommensteuer nach § 153 Ziff. 2 b dieses Gesetzes beizuziehen sind. Dagegen bestreitet der Beschwerdeführer unter Bezugnahme auf ein zu den Akten gegebenes Gutachten des Hof- und Gerichtsadvokaten Dr. P. in Wien, daß die nach Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes vom 19. Sept. 1852 für die Besteuerung in Württemberg erforderliche Voraussetzung vorliege, soferne nach dem österreichischen Gesetz vom 25. Oktober 1896 die nicht in Oesterreich wohnenden Württemberger für Dividenden aus Aktien österreichischer Unternehmungen in Oesterreich keine Rentensteuer zu bezahlen haben und auch mit dem Bezuge von Verwaltungsrats- oder Aufsichtsrats-Tantiemen der österreichischen Personaleinkommensteuer nicht unterliegen, somit die Beiziehung des Beschwerdeführers zur württ. Einkommensteuer auf das Recht der Wiedervergeltung nicht gestützt werden könne.

Die in dem Art. 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes vom 19. September 1852 unterstellte gleiche oder ähnliche Besteuerung der Württemberger im Heimatlande des Ausländers erfordert sowohl nach ihrem Wortlaut als nach ihrem Zweck, der, wie der Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten § 11 (Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1851/2 II. Beil. Bd. 1. Abt. S. 369) ausführt, in der Herbeiführung tunlichster „voller Gegenseitigkeit" besteht, das Bestehen einer ausländischen Steuer, die unter gleichen oder ähnlichen Voraussetzungen die Württemberger in gleicher oder ähnlicher Weise trifft, wie die württ. Einkommensteuer; es genügt nicht, wie das Finanzministerium anzunehmen scheint, das Vorhandensein einer Steuer, die im allgemeinen sich mit der württ. Einkommensteuer vergleichen läßt und unter Umständen die Württemberger in ähnlicher Weise trifft. Im einzelnen Falle sind daher die besonderen Verhältnisse zu würdigen; und ist auf der Grundlage der jeweiligen konkreten Verhältnisse die Entscheidung über das Zutreffen der die württemb. Steuerpflicht bedingenden ausländischen Steuerpflicht zu fällen.

Das österreichische Gesetz vom 25. Oktober 1896, betreffend die direkten Personalsteuern (abgedruckt im Finanzarchiv von Schanz 14. Jahrg. 1897 S. 111 ff.) unterwirft der Rentensteuer, „wer aus Vermögensobjekten oder Vereinsrechten Bezüge empfängt, welche nicht schon durch die Grund-, Gebäude-, Erwerbs- oder Besoldungssteuer unmittelbar getroffen sind" (§ 124 Abs. 1); ausdrücklich befreit sind gemäß § 125 Ziff. 14 die Gewinnanteile von Aktiengesellschaften, die gemäß § 94 lit. c bei den Aktiengesellschaften von der Erwerbssteuer erfaßt werden; wegen der Begrenzung der Steuerpflicht gegenüber dem Auslande ist in § 127 Abs. 1 und 2 wörtlich bestimmt: „Angehörige der im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder, welche im Geltungsgebiete dieses Gesetzes wohnen, sowie juristische Personen aller Art, welche daselbst ihren Sitz haben, endlich Ausländer, welche des Erwerbs wegen ihren Wohnsitz im Geltungsgebiete dieses Gesetzes haben, unterliegen der Rentensteuer mit dem ganzen Betrag ihrer rentensteuerpflichtigen Beträge. Jedoch sind aus dem Ausland fließende Bezüge dann von der Rentensteuer ausgenommen, wann dieselben erweislich im Auslande, abgesehen von der Personaleinkommensteuer der Empfänger, einer speziellen direkten Besteuerung unterliegen.

Im Inlande nicht wohnhafte physische und juristische Personen ohne Unterschied der Staatsangehörigkeit, sowie Ausländer, welche nicht des Erwerbs wegen ihren Wohnsitz in diesen Ländern haben, unterliegen der Rentensteuer hinsichtlich jener Bezüge, die dem in § 133 normierten Steuerabzuge unterliegen, sowie hinsichtlich aller anderen steuerpflichtigen Bezüge, welche sie aus diesen Ländern beziehen".

Der Personaleinkommensteuer unterliegen gemäß § 153 Ziff. 2 des Gesetzes die Nichtangehörigen der im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder:

„a) wenn sie im Geltungsgebiet dieses Gesetzes ihren

Wohnsitz haben oder sich daselbst des Erwerbes wegen oder länger als ein Jahr aufhalten hinsichtlich des Einkommens, welches sie in diesen Ländern erwerben oder nach diesen Ländern beziehen. Jedoch ist aus einem anderen Lande als dem Geltungsgebiete dieses Gesetzes fließendes Einkommen dann von der Besteuerung ausgenommen, wenn dasselbe erweislich bereits der Einkommensteuer oder einer gleichartigen Steuer unterliegt;

b) außer den sub lit. a bezeichneten Fällen, wenn sie in diesen Ländern Realitäten oder auf inländischen Realitäten hypothezierte Forderungen oder ein durch Fideikommiß, Verwahrungszwang oder sonstige rechtliche Vorschriften an diese Länder gebundenes Vermögen besitzen oder hierlands eine Gewerbsunternehmung oder gewinnbringende Beschäftigung betreiben oder Teilnehmer einer solchen Beschäftigung oder Unternehmung sind oder ein Einkommen an Dienstbezügen und Ruhegenüssen aus einer hierländischen Staatskasse beziehen, hinsichtlich des aus diesen Quellen fließenden Einkommens.

Der Besitz von Aktien, Anteilscheinen und ähnlichen Wertpapieren ist als Teilhaberschaft an einer Unternehmung im Sinne des vorigen Absatzes nicht anzusehen."

An sich sind der Personaleinkommensteuer alle Einkommensteile unterworfen, insbesondere auch die Gewinnanteile aus Aktien und die Bezüge von Mitgliedern des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft (§§ 159, 167 Abs. 2, 169 Ziff. 2).

Würde also ein außerhalb Oesterreichs wohnender Württemberger als Aktionär und als Aufsichtsratsmitglied einer österreichischen Aktiengesellschaft Einkommen beziehen, so wäre er in Ansehung dieses ihm in Oesterreich erwachsenden Einkommens nach dem österreichischen Steuerrecht von jeder Steuer frei, von der Rentensteuer, weil sie derartige Bezüge überhaupt nicht trifft, von der Personaleinkommensteuer, weil sie in Ansehung der in Frage stehenden Bezüge gegenüber den im Auslande wohnenden Ausländern nicht zur Erhebung

kommt. Hiernach ist unter den vorliegenden Umständen der in dem Art. 2 Abs. 2 lit. b des württ. Einkommensteuer-Gesetzes vom 19. Septbr. 1852 vorausgesetzte Fall, daß in dem Heimatlande des Ausländers die Württemberger eine gleiche oder ähnliche Steuer trifft, nicht gegeben; der Beschwerdeführer ist daher von der ihm durch die Steuerbehörden auferlegten Steuerpflicht in Ansehung des ihm aus Württemberg erwachsenden Einkommens zu entbinden.

Zuzugeben ist, daß nach dem Inhalt des württembergischen und österreichischen Steuerrechts unter veränderten tatsächlichen Voraussetzungen eine dem Art. 2 Abs. 2 lit. b entsprechende württemb. Steuerpflicht sich ergeben kann; würde beispielsweise das dem Beschwerdeführer aus Württemberg erwachsende Einkommen teils in Zinsen aus Forderungen, die durch Hypotheken auf württemb. Grundstücken gesichert sind, teils in einem Gehalt aus der württemb. Staatskasse bestehen, so wäre unzweifelhaft eine Besteuerung nach Art. 2 Abs. 2 lit. b gerechtfertigt. Allein die Möglichkeit, daß in einzelnen Fällen die Gestaltung der tatsächlichen Verhältnisse von dem Art. 2 Abs. 2 lit. b Gebrauch zu machen gestattet, gibt den Steuerbehörden nicht die Berechtigung, in allen Fällen ohne Rücksicht auf die wirkliche Gestaltung der tatsächlichen Verhältnisse die Gesetzesbestimmung anzuwenden.

Urteil vom 19. September 1904 in der Rechtsbeschwerdesache des M. P.

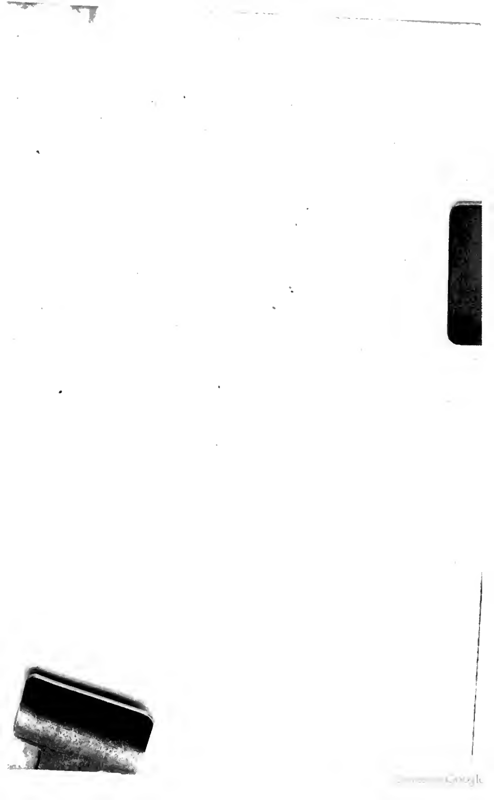
Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Z.

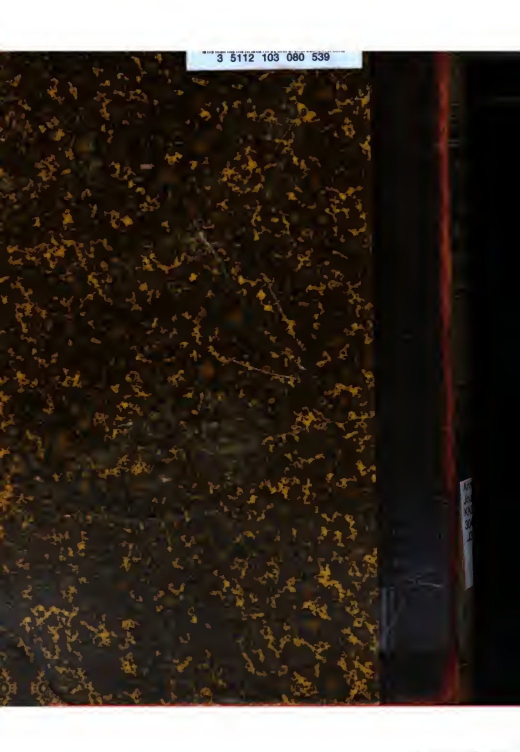















LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 103 080 539